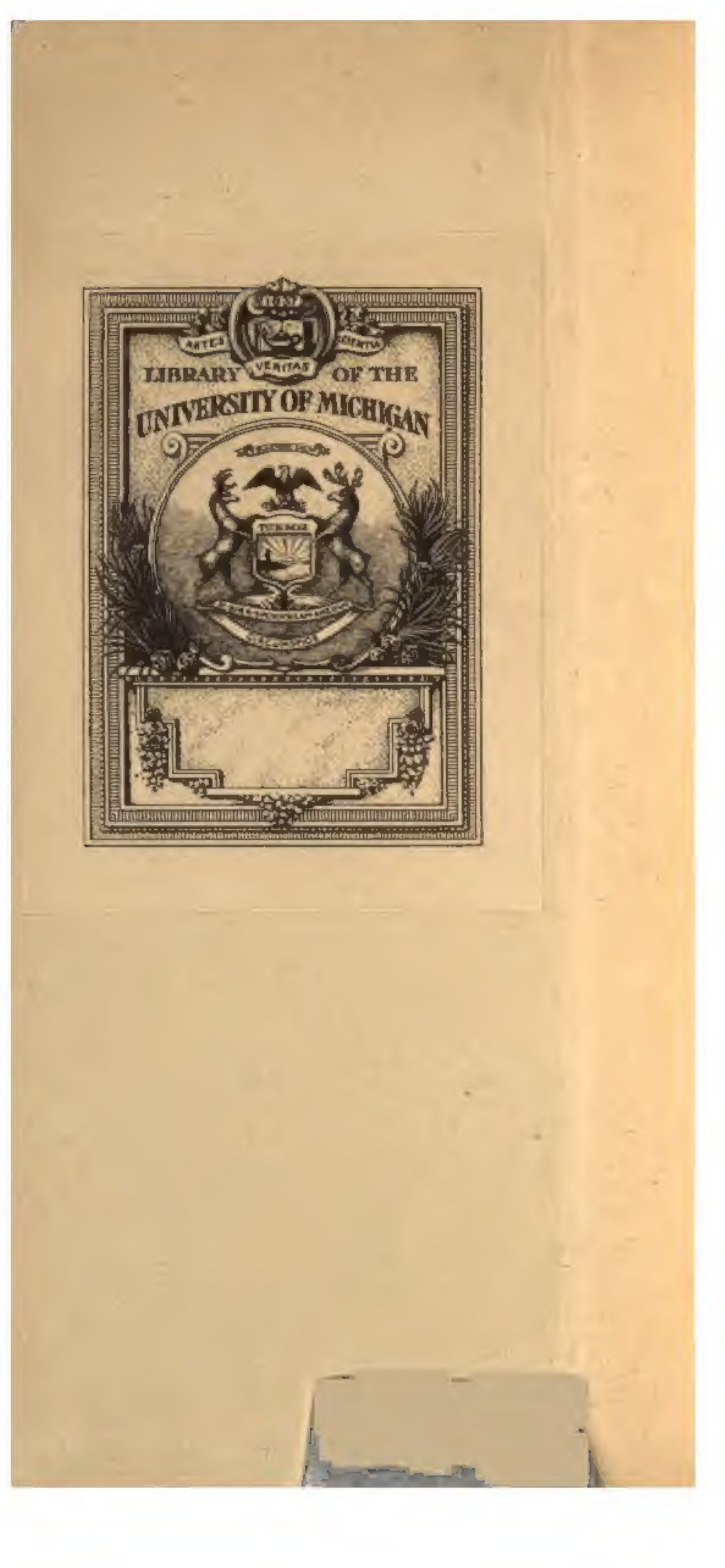



ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN

LE

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND

TOME DEUXIÈME.



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20

1880

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME DEUXIÈME



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20

1880



DEUXIÈME PARTIE

SOURCES.

Voyez, sur la *littérature* de notre science, l'ouvrage de BAR, cité ci-après.

Je me borne ici à citer les ouvrages généraux qui traitent du droit international privé. Dans le cours de ces Etudes, je cite en note les livres dont je me suis servi. Il y en a un que je ne suis pas parvenu à me procurer, c'est

BURGE, *Commentaries on colonial and foreign law* (épuisé).

FŒLIX, *Traité du droit international privé*, 4e édit., revue et augmentée, par CH. DEMANGEAT, 1866, 2 vol. in-8°.

BROCHER, *Nouveau Traité de droit international privé*, 1 vol. in-8°. Genève, 1876.

MAILHER DE CHASSAT, *Traité des statuts ou du Droit international privé*, 1 vol. in-8°. Paris, 1845.

ESPERSON, *Il principio di nazionalità applicato alle relazione civili internazionali*, 1 vol. in-8°. Pavia, 1868.

FIORE, *Diritto internazionale privato*, 1 vol. in 12. Traduit par PRADIER-FODERÉ, 1 vol. in-8°.

LOMONACO, *Diritto civile internazionale*, 1 vol. in-8°. Napoli, 1874.

SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (t. VIII), 1849. Traduit par GUENOUX.

LE

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME DEUXIÈME.



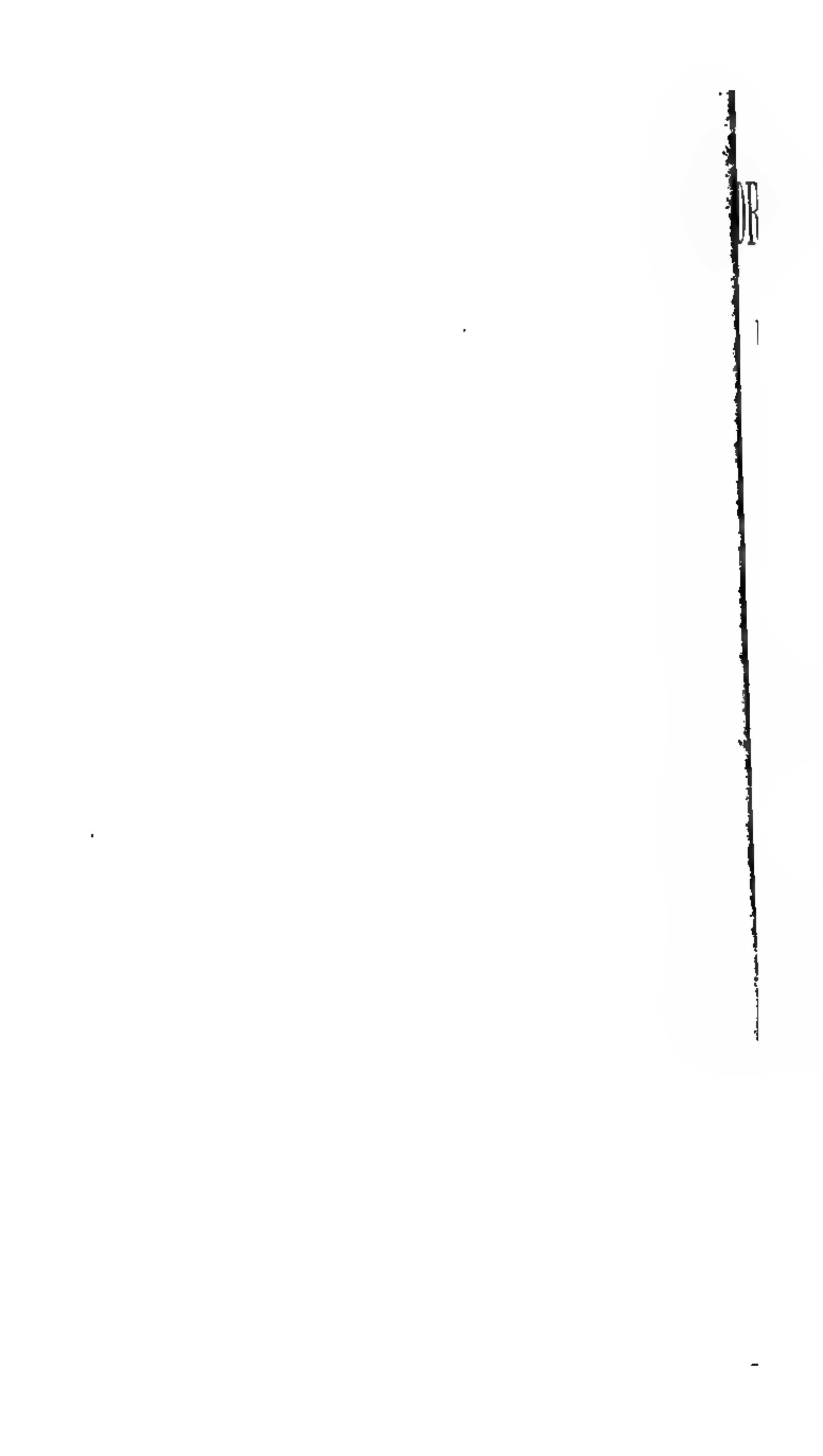
BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33

PARIS
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AÎNÉ,
RUE SOUFFLOT, 20

1880

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL



DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND

TOME DEUXIÈME



BRUXELLES

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33

PARIS.

LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,

RUE SOUFFLOT, 20

1880

l'égalité de l'étranger et de l'indigène n'est pas encore entrée dans la conscience générale. Le code Napoléon la fait dépendre de la réciprocité constatée par des traités; en l'absence de traités, l'étranger n'a pas la jouissance des droits civils. Il suit de là que, dans l'application, il faut voir avant tout si l'étranger jouit du droit qui fait l'objet du débat et du conflit des lois nationales. S'il n'en jouit point, le conflit est impossible. Un mineur étranger réclame une hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés en Belgique. On demande si la loi qui accorde une hypothèque aux incapables est réelle ou personnelle, c'est-à-dire s'il faut appliquer la loi nationale du mineur ou la loi territoriale des immeubles. La question n'est pas bien posée. Il y a un débat préalable, sous l'empire des lois qui, comme le code Napoléon, subordonnent la jouissance des droits civils à la réciprocité contractuelle. L'hypothèque légale est-elle un droit civil ou un droit naturel? Si c'est un droit civil, le mineur étranger ne peut pas le réclamer, en l'absence d'un traité de réciprocité; partant, le conflit est impossible; si c'est un droit naturel, il y a lieu d'examiner si le statut est personnel ou réel, s'il faut appliquer la loi du mineur étranger ou la loi belge (1). Les meilleurs auteurs confondent parfois ces deux ordres d'idées. Quand il s'agit de droits *naturels*, la distinction que je viens de faire pour les droits *civils* ne reçoit plus d'application, puisque les étrangers jouissent partout au moins des droits naturels. En ce sens, on dit que les contrats sont du droit des gens, c'est-à-dire qu'ils doivent recevoir leur exécution dans tous les pays. Fœlix conteste le principe ainsi formulé, il faut voir, dit-il, si la convention est valable en sa forme et en sa substance. Sans doute, mais cette seconde question concerne le conflit des lois; il s'agit de savoir par quelle loi on décide de la validité du contrat : faut il suivre la loi nationale des parties contractantes, ou la loi du lieu où le contrat a reçu sa perfection, ou la loi de la situation des biens? Ce débat ne peut s'élever que parce que les contrats sont du droit

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 114, n° 79.

des gens, s'ils étaient du droit civil, il faudrait voir d'abord si l'étranger en jouit : cette première question domine donc celle des statuts. Et il reste vrai de dire que les contrats sont du droit des gens, puisque l'étranger peut contracter partout; la loi draconienne qui régissait jadis les condamnés, morts civilement, leur reconnaissait ce droit. (C. civ., art. 22 et 33). La règle est donc universelle; les contrats sont du droit des gens, sauf à voir par quelle loi les contrats sont régis, quand ils sont passés à l'étranger, ou quand un étranger y figure (1).

§ 1. *Principe du code Napoléon.*

3. Phillimore dit, dans son Traité de droit international privé, que le code Napoléon reconnait *distinctement* une *égalité* entre l'étranger et le Français, en ce qui concerne la jouissance des droits civils et la capacité de les acquérir (2). La formule est étrange, et le fond est plus étrange encore. Tout Français, dit l'article 8 du code, jouit des droits civils. En est-il de même de l'étranger? L'article 11 n'accorde la jouissance des droits civils aux étrangers que sous une condition, celle de la réciprocité convenue par traités. Donc, en l'absence d'un traité, l'étranger ne jouit point des droits civils. Singulière *égalité* que celle qui refuse à l'étranger les droits qu'elle reconnait au Français! A l'appui de cette prétendue règle du droit français, Phillimore cite le Traité de droit commercial de Massé; or, il se trouve que l'auteur français dit précisément le contraire de ce qu'on lui fait dire. Le projet de code civil consacrait le principe de l'égalité civile des Français et des étrangers. Mais la section de législation du conseil d'Etat rejeta ce principe et le remplaça par celui de l'article 11. C'est la remarque de Massé, et elle est décisive (3).

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 274, n° 124, et la note de Demangeat, p. 275

(2) Phillimore, *Commentaries on international law*, t. IV; *Private international law* p. 6, n° VI

(3) Massé, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 2e édition, t. 1, p. 388, n° 497.

Un écrivain allemand tombe dans la même erreur. Bar rapporte ces paroles de Demangeat comme l'expression de la vraie théorie du droit français : « *Pour nous*, l'étranger a la jouissance de tous les droits civils qui appartiennent au Français, à l'exception de ceux qui lui sont positivement déniés (1). » Demangeat a raison de dire *pour nous*; car il est à peu près seul de son avis, comme je vais le prouver. Et quand il s'agit de constater l'état des législations étrangères, il faut se tenir en garde contre des opinions isolées, comme il s'en produit toujours dans cette mer de doutes que l'on appelle le droit.

Si je relève les erreurs échappées à des auteurs étrangers sur les principes du droit français, ce n'est pas pour le plaisir de critiquer, c'est pour en tirer un enseignement utile à notre science. J'ai dit, dans mon Introduction historique, combien la connaissance des lois étrangères est difficile; et l'on se prévaut de cette difficulté contre notre science. Il n'y a qu'un remède au mal, ce sont des cours de législation comparée; les cours finiront par nous donner une littérature sur la matière.

Les erreurs que je viens de constater offrent encore une autre leçon qu'il faut mettre à profit. Le droit civil international n'est pas codifié; les lois manquent, ainsi que les traités. Quand les juges américains invoquent des autorités, ils en sont réduits à citer des auteurs pour fonder sur leur opinion l'existence d'un droit des gens. Que devient cette base du droit international privé, quand les auteurs se trompent sur des principes fondamentaux de notre science? Il en résultera une doctrine purement imaginaire. Je vais le prouver, en ce qui concerne la matière que je traite pour le moment. Phillimore dit de la loi anglaise ce qu'il a dit du code français : les étrangers jouissent en Angleterre des droits qui appartiennent à ses sujets d'Ecosse ou des colonies. A l'appui de cette proposition, il invoque les paroles d'un légiste et juge éminent du dernier siècle : « Le *jus gentium* est le droit de tous les peuples (2). » Or, au dix-huitième siècle, les étrangers

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 64, § 27.
(2) Phillimore, *Private internationale law*, p. 10, n° X, note 3.

ne pouvaient pas même prendre une maison à bail en Angleterre, et ce n'est que depuis 1870 qu'ils ont le droit d'acquérir une propriété immobilière et de la transmettre par succession (1). De son côté, Bar pose comme règle du droit international privé que l'étranger possède les mêmes droits que l'indigène, sauf les exceptions formelles établies par la loi (2). Je viens de dire que le code Napoléon établit le principe tout contraire, et je dirai plus loin que le code italien est à peu près le seul qui consacre le principe de l'égalité complète des étrangers et des nationaux. La prétendue égalité n'est donc qu'une fiction.

Toutefois, il y a quelque chose de vrai dans cette fiction; c'est que l'égalité est reconnue dans le domaine de la doctrine. Or, ce sont les idées qui gouvernent le monde, et leur puissance est irrésistible. Rien ne le prouve mieux que ce qui s'est passé en Angleterre. La *common law* est un droit traditionnel par excellence, et la tradition est hostile à l'étranger. L'esprit traditionnel a résisté, mais il a fini par céder. Et quand le droit, immobile par excellence, cède, on peut espérer, sans être utopiste, qu'un jour la fiction que je viens de signaler sera une réalité; et une fois l'égalité reconnue entre l'étranger et l'indigène, la logique des idées conduira à mettre la loi étrangère sur la même ligne que la loi indigène. Ce sera le règne de la fraternité universelle dans le domaine du droit privé. Je n'entends pas dire que tous les peuples s'inspireront des sentiments de philanthropie qui animaient l'Assemblée Constituante quand elle abolit le droit d'aubaine; mais ceux qui ne céderont pas au sentiment, écouteront la voix de l'intérêt. Les peuples sont plus égoïstes encore que les individus, mais ils se trouvent mal de leur égoïsme, et ils finiront par se convaincre que c'est un bon calcul que d'être généreux. Je vais dire que la doctrine et la jurisprudence françaises sont en général hostiles à l'étranger; c'est un auteur français qui en fait l'aveu. Fœlix nous apprend aussi ce que la France gagne à veiller avant tout à l'intérêt français; c'est que les tribu-

(1) Voyez le t. Ier de ces Études, p. 24, n° 8, et p. 562, n° 385.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 64, § 27.

naux étrangers usent de représailles (1), et dans cette guerre de rétorsion, tout le monde perd en définitive. C'est une leçon de fraternité qui finira par profiter aux plus égoïstes.

4. Le code Napoléon contient un chapitre intitulé : *De la jouissance des droits civils*. Dans ce chapitre, il est traité des Français et des étrangers. Quant aux Français, le code dit (art. 8) qu'ils jouissent des droits civils. Il n'en est pas de même des étrangers : aux termes de l'article 11, « ils jouiront, en France, des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle ces étrangers appartiendront ». Ainsi, la jouissance des droits civils, qui est un droit absolu pour les Français, n'est accordée aux étrangers que sous une condition, celle de l'existence d'un traité de réciprocité. S'il n'existait aucun traité entre les nations étrangères et la France, les étrangers seraient tous exclus des droits civils ; ils ne participent donc aux droits civils qu'en vertu des conventions qui accordent ces droits aux Français. Voilà les textes ; ils donnent aux Français la jouissance des droits civils, ils la refusent à l'étranger, comme tel. Toutes les dispositions du code civil sont conçues en ce sens.

Le chapitre II traite de la privation des droits civils. De qui est-il question dans ce chapitre ? Uniquement des Français ; les étrangers n'y sont pas mentionnés. Il y a de cela une excellente raison. Les Français jouissent des droits civils à titre de Français ; perdent-ils la qualité de Français, ils perdent par cela même la jouissance des droits civils, preuve que cette jouissance est attachée à la nationalité française et que, pour jouir des droits civils, il faut être Français. La loi ne parle pas des étrangers, parce qu'ils ne peuvent pas perdre des droits qu'ils n'ont pas et qu'ils n'acquièrent que par des traités de réciprocité. Le code Napoléon leur donne encore un autre moyen d'acquérir la jouissance des droits civils, c'est d'obtenir de l'empereur l'autorisation d'établir leur domicile en

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 203.

France (art. 13) : c'est une nouvelle preuve que l'étranger, comme tel, ne jouit pas des droits civils.

5. Reste à savoir quels sont les droits civils dont tout Français jouit, tandis que les étrangers doivent les acquérir, soit par un traité de réciprocité, soit par une autorisation de l'empereur. Le code ne le dit pas. Il faut donc recourir à la tradition et aux travaux préparatoires. On sait que, pour les rédacteurs du code Napoleon, la tradition se concentre dans Pothier et Domat ; ce sont les vrais auteurs de notre code. Pothier distingue les droits prives en droits que le *droit des gens* a établis, et en droits que la *loi civile* n'a établis que pour les *citoyens :* les étrangers jouissent des premiers, ils ne jouissent pas des autres. Ainsi, ils peuvent faire toutes sortes de contrats entre-vifs, et disposer, par cette voie, des biens qu'ils ont en France ; mais ils ne peuvent pas disposer de ces biens par testament, ils ne peuvent non plus rien recevoir, ni par testament, ni par succession. Pothier demande quelle est la raison de cette difference entre les actes à cause de mort et les actes entre-vifs ; il répond : « Les actes entre-vifs sont du *droit des gens*, et les étrangers jouissent de tout ce qui est du droit des gens ; ils peuvent donc faire toutes sortes d'actes entre-vifs ; la faculté de disposer ou de recevoir à cause de mort est, au contraire, du *droit civil*, et les étrangers ne jouissent pas de ce qui est de *droit civil* (1). » Tel était le fondement du droit d'aubaine, en vertu duquel les étrangers ne pouvaient pas transmettre leurs biens à leurs héritiers même regnicoles. Nous allons entendre Domat justifier ce droit que Montesquieu flétrit, et à sa suite, l'Assemblée Constituante. « Il y a une succession qui appartient au roi, c'est celle des étrangers. Le droit à ces successions s'appelle *droit d'aubaine*, ce qui est fondé non seulement sur le droit romain, mais sur l'*ordre naturel*, qui distingue la société des hommes en divers Etats, royaumes ou républiques. Car c'est une suite *naturelle* de cette distinction, que

(1) Pothier, *Coutumes d'Orléans* (Introduction générale aux *Coutumes*, chap. II, § II, n° 30) ; *Traité des Personnes*, partie I, tit. II, sect. II.

chaque nation, chaque État règle par ses lois propres ce qu'il peut y avoir dans les successions et dans le commerce des biens qui dépendent des lois arbitraires, et qu'on y distingue la condition des étrangers de celle des originaires. Ainsi, ils ne succèdent à personne et personne ne leur succède, non pas même leurs proches, afin que les biens du royaume n'en soient pas distraits et ne passent pas aux sujets d'autres princes (1). »

6. Je dirai plus loin que cette théorie est fausse; elle révèle une singulière étroitesse d'idées et de sentiments. Malheureusement, rien n'est plus tenace que la tradition dans le domaine du droit; nous allons retrouver au commencement du dix-neuvième siècle, et malgré la Révolution, cette même étroitesse qui va jusqu'à l'aversion pour l'étranger. Le projet de code civil présenté par le premier consul établissait une distinction hostile entre les Français et les étrangers, les premiers jouissant des droits civils, les autres en étant exclus. Cet abandon des idées de 1789 rencontra une vive opposition au Tribunat, mais il y trouva aussi des défenseurs ardents. « Le genre humain n'est qu'une grande famille, dit Carrion-Nisas, je le sais. Tous les peuples sont frères, j'en conviens, mais ce sont des frères dont les querelles seront éternellement soumises à la décision du glaive et à l'arbitrage des batailles. Si la paix éternelle, si la *fraternité universelle* sont des *rêves* impossibles à réaliser, pourquoi provoquer une *fusion indiscrète*, un *mélange effréné* des peuples pendant ces courts intervalles de paix qui suspendent momentanément l'état de guerre, qui est malheureusement l'état habituel du globe? Gardons plutôt ce caractère particulier, cette attitude nationale, ces traits distinctifs dont l'effacement est toujours un des signes de la décadence des empires (2). » C'est reculer jusqu'à l'antiquité, jusqu'à la loi des XII Tables : l'étranger est un ennemi, la guerre est la

(1) Domat, *Des Lois civiles dans leur ordre naturel*, édit. in-fol. de 1777, p. 345, § 13.
(2) Séance du Tribunat du 3 nivôse an x (*Archives parlementaires*, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises de 1800 à 1860, t. III, p. 251)

condition naturelle des peuples, la fraternité est une utopie. S'il en était ainsi, le droit international, public et privé, serait une chimère, et ce serait une folie que de parler d'une science qui reposerait sur des rêves. La conscience humaine et l'histoire protestent contre des sentiments qui nous ramèneraient à la barbarie antique; mais il est bien de les constater, car ils ont de profondes racines dans les préjugés des peuples, et tel est le grand obstacle que rencontrent les progrès de notre science. Les auteurs qui exposèrent les motifs du projet de code civil tenaient un langage moins passionné que le tribun Carrion-Nisas, mais leur doctrine est identique.

7. Portalis procède de Domat; il représente l'élément philosophique parmi les rédacteurs du code, et en réalité il est plus philosophe que légiste, mais le philosophe est dominé par les préjugés du légiste, et par les exigences de son rôle officiel. Comme membre de la commission chargée de préparer un projet de code civil, il avait proposé l'égalité des Français et des étrangers, proclamée par l'Assemblée constituante. Mais le conseil d'État ayant rejeté ce principe, l'orateur du gouvernement fut obligé de justifier le système formulé dans l'article 11. Son exposé des motifs (1) repose sur la distinction des droits naturels et des droits civils. Il reconnaît que le genre humain ne forme qu'une grande famille, mais la trop grande étendue de cette famille l'a obligée de se séparer en différentes sociétés, qui ont pris le nom de peuples, de nations, d'États. De là la distinction des nationaux et des étrangers, ce qui, dans la doctrine traditionnelle, implique la distinction des droits civils, apanage des citoyens, et des droits naturels, communs à tous les hommes. « Quelques philosophes, dit Portalis, avaient pensé que les droits civils ne doivent être refusés à personne, et qu'il fallait ainsi former une seule nation de toutes les nations. Cette idée est généreuse et grande, mais elle n'est pas dans l'ordre des affections humaines : on affaiblit ses affections

(1) Portalis, Exposé général du système du code civil, fait dans la séance du Corps législatif du 3 frimaire an x (Locré, t. I, p. 191, n° 12).

en les généralisant ; la patrie n'est plus rien pour celui qui a le monde pour patrie. » Ce sont les sentiments des anciens, et ils conduisent logiquement à refuser à l'étranger la jouissance des droits civils. « L'humanité, la justice sont les liens généraux de la société universelle des hommes ; mais il est des avantages particuliers *qui ne sont point réglés par la nature*, et qui ne peuvent être rendus communs à d'autres que par la *convention*. Nous traiterons les étrangers comme ils nous traiteraient nous-mêmes. Il est pourtant des droits qui ne sont point interdits aux étrangers ; ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au *droit des gens* qu'au *droit civil*, et dont l'exercice ne pourrait être interrompu sans porter atteinte aux diverses relations qui existent entre les peuples. »

Le langage de Portalis a des allures philosophiques ; mais le système qu'il expose est en opposition avec les enseignements de la philosophie ; c'est l'idée de la cité antique, limitant les avantages de la vie commune au citoyen, et les refusant à l'étranger. Siméon, rapporteur du Tribunat, le dit en termes clairs et nets : « Un État n'est autre chose qu'une unité de lois et de patrie, à la faveur de laquelle les *citoyens unis* participent aux *effets civils* du *droit* de la *nation* ; ceux qui forment cette *unité* sont les *seuls* qui puissent réclamer les *avantages* qu'elle produit. Ce qui caractérise *essentiellement* le droit *civil*, c'est donc d'être *propre* et *particulier* à un *peuple*, et de ne *point se communiquer* aux *autres nations ;* il ne se communique point, parce que les hommes attachés à une terre étrangère, *citoyens* ou sujets dans leur *patrie*, ne peuvent être en même temps *citoyens ailleurs*. Soumis à une domination étrangère, ils sont affectés par la *loi civile* de leur *pays*, c'est-à-dire par le droit *propre* et *particulier* de la *nation* dont ils sont *membres ;* ils ne peuvent par conséquent recevoir les impressions d'un *autre droit civil, propre* et *particulier* à une autre nation. » C'est la notion du *droit civil* des Romains ; Siméon ne fait qu'une concession, que les Romains avaient aussi fini par admettre ; il accorde aux étrangers les droits que la nature

leur donne. — C'est du droit naturel que dérivent presque tous les contrats ; les étrangers peuvent donc acquérir et posséder des biens, les échanger, les vendre, les donner entre-vifs (1). »

8. Telle est la théorie du code Napoléon : les étrangers jouissent des droits naturels, ils ne jouissent point des droits civils, sauf en vertu d'un traité de réciprocité. Quelques interprètes ont donné un autre sens à l'article 11. Valette et son élève Demangeat enseignent que l'étranger jouit en France des mêmes droits privés que les Français, à l'exception de ceux qui lui sont refusés par des dispositions expresses de la loi. Quant à ces droits dont ils sont exclus par un texte formel, ils n'en obtiennent la jouissance que par un traité de réciprocité. Il suffit de comparer cette formule avec le texte de l'article 11, pour se convaincre que l'interprétation que l'on donne au code lui fait dire le contraire de ce qu'il dit. Je crois inutile de combattre une opinion qui a été repoussée par la jurisprudence et par la plupart des auteurs ; je l'ai fait ailleurs, et je crois avoir prouvé que Valette et Demangeat tronquent le code Napoléon, qu'ils tronquent la discussion, je dois ajouter qu'ils tronquent même l'histoire pour y chercher un appui à leur système (2). C'est une tentative pour introduire dans le code des idées plus généreuses que celles qui y dominent. La tentative devait échouer ; en effet, Napoléon et son conseil d'État répudiaient les sentiments qui avaient inspiré l'Assemblée constituante, ils n'y voyaient que le rêve d'une vaine philanthropie. C'était de dessein prémédité qu'ils revenaient au patriotisme étroit de l'antiquité, sans même comprendre que l'assimilation complète des Français et des étrangers, en ce qui concerne la jouissance des droits civils, ne porte aucune atteinte à l'amour de la patrie. La distinction des droits naturels et des droits civils, que Portalis et Siméon ont essayé de justifier, est fausse.

Portalis la fonde sur la division du genre humain en

(1) Siméon, Rapport fait dans la séance du 25 frimaire an x (Locré, t. I, p. 434, n° 8).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 512, nos 436-421.

nations, et il est impossible de lui trouver un autre fondement. Cela suppose que la différence de nationalité a pour conséquence nécessaire une différence dans les droits privés dont jouissent les membres des diverses nations, c'est-à-dire qu'il y a des droits privés qui, par leur nature, n'appartiennent qu'aux *citoyens*, et que pour cette raison on appelle droits *civils*. Eh bien, cela est faux. Sans doute, à raison de la division du genre humain en nations, personne ne peut être citoyen de deux patries : impossible de voter à la fois à Paris et à Londres, impossible de siéger à la fois au parlement anglais et dans les chambres françaises. Mais l'existence de nationalités diverses influe-t-elle aussi sur les droits privés? Ici est l'erreur de la doctrine traditionnelle consacrée par le code Napoléon. Qu'est-ce que les droits privés? Des facultés légales qui appartiennent à l'homme et qui lui sont nécessaires pour qu'il puisse remplir sa destinée en ce monde. Par cela seul que l'on est homme, on doit donc jouir des droits privés. Ou la mission de l'étranger serait-elle par hasard autre que celle de l'indigène? lui refusera-t-on les instruments de son développement intellectuel, moral et physique? La question n'a point de sens, et la distinction que l'on établit entre les droits civils et les droits naturels n'a pas de sens non plus. Dans l'ancien droit, on disait que l'étranger vivait libre, parce qu'il jouissait des droits naturels, mais qu'il mourait serf, parce qu'il ne jouissait point du droit de transmettre ses biens, droit réputé civil. Ainsi, la propriété est un droit naturel, et la faculté de la transmettre à ses héritiers n'est pas un droit naturel! Eh! que m'importe d'être propriétaire, si je ne puis pas laisser mes biens à ceux que j'aime? Le droit de propriété n'existe point sans le droit de succession; si l'un est un droit naturel, l'autre l'est également : si je n'ai point le droit de disposer de mes biens à cause de mort, je ne suis pas propriétaire, je suis serf pendant ma vie comme je le suis à ma mort, je suis un être sans droit, je ne suis plus un homme. Est-ce là ce que Dieu a voulu en créant les nations comme il a créé les individus? Les nations tiennent leur individualité de Dieu; voilà pour-

quoi il est impossible d'être citoyen de deux patries. Mais où est l'impossibilité d'exercer le droit héréditaire à la fois en Angleterre et en France? Il est même absurde qu'il en soit autrement. Je suis héritier par le sang, c'est-à-dire par la volonté de Dieu. Est-ce que le sang change quand on change de domicile? ai-je un autre sang en Angleterre qu'en France? Pour le coup, Pascal a raison de se moquer des lois humaines : droit d'un côté de la Manche, et absence de droit de l'autre côté!

J'insiste sur un principe que j'ai déjà établi dans l'Introduction de ces Etudes (1), parce que j'ai contre moi le culte que les Français ont pour le code civil. Je l'admire aussi, mais pas en idolâtre. Le code lui même témoigne que la théorie des droits civils est fausse. En effet, l'article 11, qui exclut les étrangers des droits civils, les leur accorde sous la condition de réciprocité. Si les étrangers peuvent jouir de tous les droits civils en France, pourvu qu'il y ait un traité de réciprocité, c'est une preuve que rien dans la nature de ces droits ne s'oppose à ce qu'ils appartiennent aux étrangers aussi bien qu'aux citoyens. Dès lors, la distinction n'a point de raison d'être. En définitive, la division du genre humain en nations crée des Etats divers, donc, des patries diverses et des citoyens divers, mais elle ne crée pas des hommes divers, à quelque peuple qu'ils se rattachent par leur naissance, ils restent hommes, ils ont tous une même mission, ils doivent avoir tous les mêmes droits.

9. J'ai dit, en commençant ces Etudes, que l'histoire révèle les desseins de Dieu, et que la Providence gouverne toutes les faces de l'activité humaine. Le droit se développe progressivement sous la main de Dieu. Remontons au berceau du genre humain; consultons les lois ou les coutumes de la haute antiquité : qu'y trouvons-nous? Le droit tout entier est propre et particulier à chaque cité, à chaque nation ; par suite, l'étranger en est exclu, ce qui revient à dire qu'il est sans droit. Ici, il est flétri comme impur ; là, il est traité d'ennemi ; les Romains, héritiers de

(1) Voyez le t. I, p. 22, n° 6

la civilisation ancienne, gravèrent cette haineuse qualification sur la loi des XII Tables. Il n'y avait de lien juridique entre les divers peuples qu'en vertu d'un traité ; voilà la première formule de l'article 11 du code Napoléon. Les anciens ne connaissaient point les droits que nous appelons naturels parce qu'ils appartiennent à l'homme en vertu de sa nature ; de là leur mépris de la personnalité humaine, de là l'esclavage, de là aussi la misérable condition de l'étranger. Qui a inventé le nom de *barbares* pour désigner les *étrangers?* Les Grecs. Et que pensaient-ils des *barbares?* Qu'ils étaient tous esclaves et faits pour être esclaves. C'est le mépris que les blancs ont longtemps eu pour les noirs, et les conséquences étaient les mêmes : l'étranger n'était pas une personne juridique, il n'avait aucun droit, car tous les droits étaient *civils*, et, à ce titre, le privilége des citoyens. Les étrangers ne pouvaient pas posséder, ni ester en justice, ils n'avaient donc pas même les droits que nous appelons naturels. Cela se concevait, à la rigueur, dans de petites cités, isolées les unes des autres. Rome, qui avait pour mission de conquérir et de gouverner le monde, a eu, dès l'origine, des tendances, sinon plus généreuses, du moins plus cosmopolites : le génie du conquérant élargit sa politique dans ses relations internationales. On imagina un *droit des gens* à côté du droit civil, pour faire participer les étrangers aux bienfaits du droit privé ; c'était un premier pas vers l'égalité des étrangers et des citoyens. Les étrangers, exclus du droit civil, participaient du moins au droit des gens. Mais si cette distinction assimila, en partie, les étrangers aux nationaux, elle empêcha pendant de longs siècles leur égalité complète. Les jurisconsultes, élevés dans le culte du droit romain, crurent qu'il était de l'essence du droit civil de ne pouvoir être communiqué aux étrangers. Ils considéraient comme droits naturels les actes entre-vifs, et comme droits civils, les actes à cause de mort. En ce sens, on disait que l'étranger vivait libre en France et qu'il y mourait serf. De là le droit d'aubaine, que Montesquieu imputait aux Barbares, destructeurs de l'empire romain. En réalité, les légistes français s'ap-

puyaient sur le droit romain pour justifier la double incapacité dont les étrangers étaient frappés. D'abord, ils ne pouvaient transmettre les biens qu'ils laissaient à leur décès, ni par testament, ni par succession *ab intestat*: s'ils n'avaient pas d'enfants nés en France, le fisc s'emparait de leur hérédité. C'était le droit d'aubaine proprement dit. De plus, ils étaient incapables de recevoir par testament ou par succession; si une hérédité s'ouvrait à leur profit en France, ils en étaient exclus par les héritiers français.

Les légistes, qui rapportaient à la nature, c'est-à-dire à Dieu même, la distinction des droits en naturels et civils, ne réfléchissaient pas à la modification qu'eux-mêmes apportaient à la notion du droit civil, tel que les Romains le comprenaient. A Rome, les étrangers n'avaient ni le droit de mariage (*connubium*), ni le droit de *propriété* (*commercium*); par suite, ils étaient exclus de tout le droit civil. Les légistes français ne songeaient plus à refuser aux étrangers le droit de mariage : s'il y a un contrat formé par la nature, c'est bien celui-là. Ils admettaient aussi les étrangers à la jouissance de la propriété et de tous les droits qui en dérivent. Les nombre des droits civils allait donc en diminuant. Ce fait seul aurait dû prouver au légistes que la notion des droits civils était fausse. S'il y avait des droits civils par leur essence, ils devraient l'être partout et toujours. Que si les prétendus droits civils se transforment insensiblement en droits naturels, c'est qu'en réalité ils ont leur source dans la nature. C'est ce que disaient les philosophes au dix-huitième siècle. Rousseau même, quoiqu'il fût imbu des préjugés du patriotisme antique, demandait que le législateur unît les peuples en faisant tomber l'odieuse distinction de regnicoles et d'étrangers. L'Assemblée constituante répondit à ce généreux appel en abolissant, au nom de la fraternité humaine, les incapacités qui frappaient les étrangers.

10. Napoléon n'aimait pas les idées de 1789, et les légistes du conseil d'Etat étaient imbus des vieux préjugés hostiles à l'étranger. Les idées nouvelles trouvèrent des

défenseurs au Tribunat. Les tribuns étaient des hommes de la Révolution, et la Révolution procédait de la philosophie ; ils comprirent mieux que les légistes l'inanité de la distinction des droits civils et des droits naturels, que le projet de code ressuscitait. Il importe de constater le fait. La France, après de longs égarements, est revenue à la tradition de 1789 ; elle écoutera la voix des tribuns, et elle répudiera, à leur suite, une doctrine surannée, en se rappelant que cette doctrine a été imposée à la France par le premier consul, et que pour la faire adopter par le Tribunat, il fut obligé de le mutiler par un coup d'État. L'Assemblée Constituante avait aboli le droit d'aubaine, au nom de la fraternité. C'était ruiner dans son fondement la doctrine des droits civils. Les tribuns en démontrèrent l'inanité. Remontant à l'origine de la fameuse distinction des droits civils et des droits naturels, que les légistes acceptaient comme l'expression de la vérité éternelle, les tribuns prouvèrent qu'elle tenait à l'état d'hostilité qui régnait en permanence entre les peuples. On conçoit que l'étranger fût sans droit alors qu'il était ennemi ; quand la guerre était à mort, on ne pouvait plus voir un homme dans celui qui menaçait sans cesse l'existence de la nation. Mais, chez les peuples modernes, l'étranger est-il encore un ennemi ? Le travail, l'industrie, le commerce ont pris la place de la guerre. Quand les mœurs, les idées, les sentiments ont changé, le droit doit changer aussi. Le travail fait de tous les peuples une grande société dont les intérêts sont solidaires ; dès lors, les hommes de tous les pays doivent être unis par les liens du droit, en tant que les divisions politiques n'y mettent pas obstacle. Nous ne pouvons être citoyens partout, mais partout nous sommes membres de la famille humaine, et comme *hommes*, nous devons jouir partout des *droits inhérents à l'homme* (1).

La conséquence est évidente : il n'y a plus de droits civils, dans le sens traditionnel du mot. C'est ce que dit le tribun Chazal : « Il n'est pas permis au législateur de

(1) Ganilh, dans la séance du 1er nivôse an X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 210).

priver les étrangers des droits naturels et universels de l'humanité, et tels sont tous ceux que l'on appelle *civils*. Car que sont les *droits civils*, que peuvent-ils être, au moins chez nous, que les *droits naturels écrits?* Que les droits naturels soient écrits dans une loi, qu'importe! Ecrits ou non, les droits naturels appartiennent partout à tous les hommes ; et les étrangers ne sont-ils pas des hommes à nos yeux (1)? — Les tribuns libres du joug des traditions juridiques, comprenaient mieux les principes éternels du droit que les légistes du conseil d'Etat. Oui, l'homme, comme tel, doit jouir partout des mêmes droits, parce que ces droits ne sont qu'un moyen de développement physique, intellectuel et moral. En ce sens, les tribuns disaient, comme notre science le dit aujourd'hui, que l'humanité ne doit former qu'une seule famille pour tout ce qui concerne l'exercice des droits privés (2).

On me demandera pourquoi j'entre dans de si grands développements pour prouver une vérité que personne ne conteste, l'égalité des étrangers et des nationaux en ce qui concerne la jouissance des droits privés. Je demanderai, de mon côté, s'il est bien vrai que cette égalité est devenue un axiome, comme le disent les auteurs qui traitent du droit international privé. Mancini, qui a fait inscrire dans le code italien le principe de l'égalité de l'étranger et de l'indigène, avec les conséquences qui en découlent, ne se loue pas de l'accueil qu'il reçut à Paris, quand, honoré d'une mission diplomatique, il proposa à la France, à la Belgique et à la Prusse de formuler dans des traités les principes essentiels qui régissent le droit civil international. Le jurisconsulte se plaignit, en plein Parlement, des dispositions peu favorables que les légistes français témoignent pour les étrangers. C'est toujours l'esprit traditionnel qui domine chez les hommes de loi ; et faut-il s'en étonner, quand on voit Domat, le jurisconsulte philosophe, enseigner comme une maxime d'une

(1) Chazal, séance du 3 nivôse an x (*Archives parlementaires*, t. III, p. 247).
(2) Grenier, dans la séance du 29 frimaire an x (*Archives parlementaires*, t. III, p. 187).

vérité éternelle la distinction des droits civils qui consacre l'inégalité de l'étranger et de l'indigène? Ainsi, notre science, qui repose sur le droit égal de tous les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent, trouve des ennemis là où elle devrait trouver un appui. On me permettra donc de combattre nos adversaires afin de les rallier à notre cause. Pour que l'égalité soit consacrée par les lois, il faut avant tout qu'elle soit acceptée par la conscience générale, et en cette matière, ce sont les légistes qu'il faut convaincre, car ce sont eux qui font les lois.

11. En 1842, un légiste qui porte un beau nom, le comte Portalis, premier président de la cour de cassation, fit un rapport à l'Académie des sciences morales et politiques, sur le Traité de droit civil international de Rocco, magistrat napolitain (1). Le rapporteur parle en d'excellents termes de l'importance de notre science : elle s'accroît et en quelque sorte se révèle à mesure que les progrès du commerce et de la civilisation multiplient les rapports entre les hommes de pays différents, et les moyens de communication entre les diverses contrées. Quel est le dernier terme de ce mouvement prodigieux? Portalis répond, et ce sont les paroles d'un juriconsulte français du dernier siècle : « En s'éclairant, les peuples brisent les barrières qui les séparent, et commencent enfin à se considérer comme une *grande famille* qui, avec plusieurs branches, a *un seul droit public* (2). » Ce langage annonce le décret de l'Assemblée Constituante : Portalis dit que les mémorables événements de 1789, et les lois qui les suivirent, semblaient destinés à réaliser les espérances des amis de l'humanité ; mais, ajoute-t-il, peu d'années suffirent pour les démentir. L'académicien français fait allusion à la législation des émigrés, et il a des paroles sévères pour flétrir l'esprit révolutionnaire qui dénatura les liens si doux par lesquels l'homme est uni à la patrie. Chose étrange, Portalis ne trouve pas un mot de blâme pour les grands coupables, les nobles, qui portèrent les

(1) Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, publiés par Loiseau et Vergé, sous la direction de Mignet, t. I, p. 449.
(2) Prost de Royer, *Dictionnaire de jurisprudence* (1781), t. I, p. 118.

armes contre leur patrie! Ce n'est pas tout, dit-il; les communications entre les peuples furent subitement interceptées par d'universelles hostilités, lesquelles prirent un caractere sauvage, à ce point que les nations semblaient avoir abjuré le droit des gens. Et qui déchaîna ces calamités sur l'Europe? Est-ce l'esprit révolutionnaire, ou sont-ce les ennemis acharnés de la Révolution? Les légistes sont des traditionnalistes par la nature de leurs études, ils sont donc plus ou moins hommes du passé; c'est la raison pour laquelle ils prennent parti pour le code Napoléon contre le droit nouveau inauguré par l'Assemblée constituante. Portalis fait un magnifique éloge du conseil d'Etat où siégeaient les légistes et les révolutionnaires : « Présidé par le premier consul, un conseil d'élite, composé d'hommes de toutes les opinions, de tous les partis, instruits par une *sévère expérience*, et souvent *désabusés*, par l'abus même qu'on en avait fait, de leurs *précédentes doctrines* », se prononça pour le système de réciprocité, tandis que, dans le système de l'Assemblée Constituante, on admettait tout étranger à la jouissance de tous les droits civils sans exception et sans condition. Rapporteur d'un traité de droit international, au sein d'une Académie des sciences morales et politiques, Portalis tourne presque en ridicule le décret rendu au nom de la fraternité humaine : « Les *motifs se ressentent de l'époque* où l'Assemblée voyait journellement sa barre assiégée par des députations *costumées de tous les peuples de l'univers*, et se laissait haranguer par l'*orateur du genre humain* : scènes de *carnaval*, à la suite desquelles on proclame que tous les *hommes* sont *frères*, et que le *monde* est une *patrie*. » Si l'on demandait au membre de l'Institut ce qu'un décret inspiré par Montesquieu a de commun avec le baron prussien Anacharsis Clootz. En 1804, continue Portalis, on procéda différemment. « Le moment était passé où, sous le charme des *théories séduisantes* d'un *droit des gens idéal*, on se persuadait que, malgré les *querelles* d'Etat à Etat, les liens de la fraternité universelle pouvaient subsister entre les sujets des puissances belligérantes. » C'est dire que l'étranger n'est

pas un frère, qu'il est un ennemi. En effet, les *querelles* se sont ranimées, plus violentes que jamais; si elles suffisent pour déserter la fraternité, il faut la ranger parmi les rêves, et dire avec Hobbes, que l'homme est un loup pour l'homme, et c'est dérision que de traiter d'un droit qui règne entre les loups. Portalis parlait au sein d'une Académie des sciences morales, donc philosophiques; cependant, il jette la philosophie par-dessus bord : « L'élément *philosophique, d'abord prépondérant*, *cède* par degrés à l'élément *historique.* » Qu'est-ce que cet élément historique ? La tradition des anciens légistes, qui remonte jusqu'aux XII Tables ; là elle porte son vrai nom. *In hostem perpetua auctoritas.* »

La restauration abolit le droit d'aubaine, au nom de l'intérêt économique, pour attirer en France les étrangers, leurs capitaux et leur industrie. Portalis n'aime point ces considérations, et, à mon avis aussi, elles ne doivent venir qu'en seconde ligne; c'est le droit qui doit régir le monde, et non l'intérêt. Telle n'est pas la pensée de l'académicien français : « Si, dit-il, la richesse est un élément de puissance, si les capitaux peuvent seuls vivifier l'industrie, le premier et le plus urgent besoin d'un pays, c'est le dévouement de ses citoyens. » Rien de plus vrai. Mais est-ce à dire que les citoyens ne seront dévoués que pour autant que les étrangers seront traités en ennemis ? Etrange dévouement qui consiste à être profondément égoïste ! Portalis continue : « Le législateur doit craindre qu'on ne livre à des étrangers, avec une partie notable de la propriété du sol, l'influence qu'elle donne à ses possesseurs. » S'il en est ainsi, il faut revenir aux XII Tables, et exclure l'étranger non seulement des droits civils, mais lui refuser encore le droit naturel de propriété immobilière. Et la richesse mobilière, qui est illimitée, n'est-elle pas plus dangereuse que la possession de quelques arpents de terre ? Il faut donc aller plus loin ; il faut que chaque Etat s'entoure d'un mur chinois. Voilà à quoi aboutit le patriotisme, qui consiste à aimer sa patrie en haïssant l'étranger ! Ce sont ces sentiments hostiles qu'il faut combattre et détruire si l'on veut réaliser l'idée de la

fraternité humaine ; et tel est bien le but de la science du droit civil international. Même en laissant de côté la fraternité qui déplaît aux hommes positifs, peut-il y avoir un droit international privé sans des traités internationaux ? Et ces traités sont-ils possibles, tant que les hommes politiques voient un ennemi dans l'étranger ? Les négociations de Mancini sont une réponse à ma question (1).

§ II. — *Du principe de réciprocité.*

12. Il y a un courant plus fort que les préjugés d'un patriotisme haineux. En France, une loi du 14 juillet 1819 abolit le droit d'aubaine. Cet exemple fut imité en Belgique et en Hollande. Logiquement, les législateurs modernes auraient dû étendre à tous les droits civils le principe qu'ils établissaient pour le plus important de ces droits, celui de succéder, de disposer et de recevoir. Ils se bornèrent à corriger la plus criante des iniquités. L'article 11 subsiste donc et avec lui la fausse théorie des droits civils. Heureusement que l'application en est peu fréquente, ce n'est plus qu'un débris d'un autre âge qui doit disparaître. Toutefois, il en résulte toujours des difficultés et des controverses sans fin. Je dirai plus loin quelle est la vraie condition de l'étranger, d'après le droit français ; quels sont les droits naturels dont il jouit, quels sont les droits dits civils dont les lois et la doctrine lui reconnaissent la jouissance, enfin, quels sont les droits qui lui sont refusés. Pour le moment, j'expose les principes généraux ; il me faut donc voir quelles sont les conditions sous lesquelles l'article 11 accorde à l'étranger la jouissance des droits civils.

13. La condition essentielle, c'est la réciprocité : « L'étranger jouira en France des mêmes droits que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. » En apparence, cette condition est très juste. « C'est le meil-

(1) Voyez le t. Ier de ces Études, p. 40.

leur moyen, dit Treilhard dans l'Exposé des motifs, pour engager les gouvernements étrangers à accorder la jouissance des droits civils aux Français. L'expérience le prouve. Sous l'ancien régime, le droit d'aubaine avait été presque entièrement aboli par une série de traités. Qu'arriva-t-il lorsque l'Assemblée Constituante, cédant a une générosité irréfléchie, prononça l'abolition du droit d'aubaine au nom de la fraternité universelle? Elle espérait que les autres Etats suivraient l'exemple que leur donnait la France. Illusion! Depuis 1789, il ne se fit plus un seul traité. Et rien de plus naturel. Les peuples, plus encore que les individus, se guident d'après leur intérêt : c'est la base des relations internationales. Ils consentirent à traiter avec la France, sous l'ancienne monarchie, parce qu'ils ne pouvaient obtenir le droit de succéder que par des traités. Quand l'Assemblée nationale leur donna tout ce qu'ils pouvaient désirer pour eux-mêmes, ils ne firent plus de convention pour donner le droit de succéder aux Français, parce qu'ils n'y avaient plus aucun intérêt. Veut-on que les étrangers obtiennent partout la jouissance des droits civils, il faut rétablir le principe de la réciprocité (1). »

14. Le principe de réciprocité fut vivement combattu au sein du Tribunat. Un des plus nobles représentants des idées de 1789, Boissy d'Anglas, soutint qu'il était contraire à l'intérêt bien entendu de la France. Ce qui lui importe, c'est d'attirer dans son sein les étrangers qui lui apporteront leurs capitaux et leur industrie. Pour qu'ils consentent à s'établir chez nous, dit le tribun, il faut leur accorder la jouissance des droits privés, sans lesquels ils n'auraient pas la liberté civile. La concession des droits civils étant avantageuse à la France, il ne faut pas la subordonner à la condition de réciprocité. Cette condition n'a pas de sens. Elle aboutit à dire que nous devons attendre, pour faire ce qui est juste est utile, que les peuples étrangers fassent de leur côté ce qui est utile et juste (2). Si, dit un autre tribun, il nous est avantageux

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 9 (Locré, t. I, p. 468).
(2) Séance du Tribunat du 29 frimaire an x (*Archives parlementaires*, t. III, p. 195).

d'accorder aux étrangers la jouissance des droits civils, il faut la leur donner, quand même ils nous la refuseraient chez eux (1).

Quant à l'expérience que Treilhard invoquait en faveur du système de réciprocité, elle n'est pas aussi décisive qu'il le prétendait. Si, depuis 1789, il n'y a plus eu de traité pour l'abolition du droit d'aubaine, si les autres nations n'ont pas suivi l'exemple de la France, la raison en est bien simple. Faut-il rappeler la coalition universelle qui se forma contre la France révolutionnaire? Est-ce quand toutes les mauvaises passions étaient déchaînées contre la France libre et républicaine que l'on pouvait songer à traiter avec elle? La guerre a été permanente depuis 1789; ce n'était certes pas le moment d'entrer en négociation avec un gouvernement que l'on voulait détruire. Même les États qui se retirèrent de la coalition détestaient les idées françaises et les repoussaient, comme on cherche à se mettre à l'abri de la peste. « Eh! que nous importe, après tout, disaient les tribuns, que les rois refusent de traiter avec la France? Nous faisons ce qui est juste, ce qui est utile. Libre à eux de s'obstiner dans leurs vieux préjugés (2). »

15. Les faits ont donné raison au Tribunat. En France, en Belgique, en Hollande, le droit d'aubaine a été aboli sans réciprocité, et, chose remarquable, l'abolition a été décrétée, au nom de l'intérêt national bien entendu. Voilà la doctrine de l'intérêt qui se condamne elle-même. En 1802, Napoléon fait décréter la réciprocité, dans l'intérêt français. En 1819, la Restauration accorde aux étrangers le droit d'hérédité, le plus considérable des droits civils, sans réciprocité, en déclarant que la réciprocité est contraire à l'intérêt français. Cela prouve que rien n'est aveugle comme l'intérêt, qui se croit si clairvoyant. Il est bon de le constater, car Treilhard a raison de dire que les peuples sont plus égoïstes que

(1) Discours de Curée dans la séance du 15 nivôse an x (*Archives parlementaires*, t. III, p. 336).
(2) Boissy d'Anglas et Curée (*Archives parlementaires*, t. III, p. 196 [illegible])

les individus, et il est si facile aux hommes politiques d'invoquer l'intérêt, à défaut de bonnes raisons. Sous l'ancien régime, les rois de France s'emparaient des biens délaissés par les étrangers ; cela s'appelait un fleuron de la couronne de France. En 1819, un homme de l'ancien régime, le duc de Lévis, qualifia le droit d'aubaine de spoliation. Que rapportait ce droit barbare au roi de France ? La bagatelle de 40,000 écus, qu'il distribuait à des favoris ou à des favorites de bas étage, à des valets et à des femmes de chambre, et pour ce mince profit, il écartait de la France les capitaux et l'industrie des étrangers. Il faut sans cesse mettre cette leçon sous les yeux des peuples, afin qu'ils apprennent que l'intérêt est un mauvais conseiller.

Je me permets de leur recommander un autre principe, qui ne les trompera jamais : c'est la justice. Les légistes aussi aiment à invoquer l'intérêt français ; c'est manquer à leur mission ; ils sont les organes du droit, c'est-à-dire, de la justice éternelle, c'est celle-là qu'ils doivent prêcher aux hommes. Rappelons encore une belle parole de Boissy d'Anglas. A ceux qui disaient que, dans les relations internationales, il fallait consulter avant tout l'intérêt de la France, il répondait : « Sans doute, mais, heureusement, cet intérêt est toujours fondé sur ce qui est juste. » Ce qui veut dire : Soyez justes avant tout, et vous y trouverez aussi votre intérêt.

Ce qui trompe les légistes, c'est que le principe de réciprocité a une apparence de justice. Ecoutons Boulay, qui fit le premier Exposé des motifs de l'article 11 : « Accorder chez nous aux étrangers les mêmes droits civils que ceux qu'ils nous accorderont chez eux, quoi de plus raisonnable, de plus conforme aux saines idées de la politique, du droit des gens et de la nature ? Quoi de plus propre à favoriser le développement des idées philanthropiques et fraternelles qui devraient lier les diverses nations (1) ? » Un écrivain français va jusqu'à célébrer le système de

(1) Boulay, Premier Exposé des motifs, n°s 9-12 (Locré, t. I, p. 424 et suiv.).

réciprocité, comme un *monument de profonde sagesse* (1). Il est bon parfois de remonter à l'origine d'un principe, pour en saisir le sens et la portée. La contrainte par corps a trouvé longtemps des défenseurs parmi les hommes de loi ; cependant, ils auraient reculé épouvantés si on leur avait dit de rétablir la contrainte par corps dans sa forme primitive, c'est-à-dire l'esclavage pour dettes. Il en est de même de la réciprocité. Elle procède du moyen âge : c'était un premier effort pour réprimer la force brutale qui régnait partout. On lit dans la Grande Charte, que les barons anglo-normands arrachèrent à leur misérable roi, Jean sans Terre : « S'il se trouve des marchands dans le royaume, au commencement d'une guerre, ils seront mis en sûreté, sans aucun dommage de leurs personnes ni de leurs effets, jusqu'à ce que nous ou notre grand justicier soyons informés de la manière dont nos marchands sont traités chez les ennemis ; et si les nôtres sont bien traités, ceux-ci le seront aussi parmi nous (2) ». La force règne-t-elle encore dans nos sociétés modernes, et y usurpe-t-elle le nom de droit, comme elle le faisait au moyen âge (3)? Toutes nos chartes et nos constitutions portent que les étrangers jouissent de la protection accordée aux personnes et aux biens. Le droit a remplacé la violence. Il est temps que, dans nos lois civiles aussi, on efface les traces qui y restent d'un état social qui n'est plus le nôtre : l'égalité doit prendre la place des représailles et de la réciprocité.

Le droit est une science logique. On s'étonne que les législateurs qui ont aboli le droit d'aubaine sans réciprocité n'aient pas étendu cette innovation à tous les droits civils, en établissant le principe de l'égalité entre les étrangers et les nationaux, en ce qui concerne la jouissance des droits privés. Si l'on accorde aux étrangers, sans condition aucune, le plus considérable des droits civils, le droit d'acquérir et de transmettre à cause de

(1) Sapey, *les Étrangers en France*, p. 161.
(2) Le Baron, *Le Code des étrangers*, p. 2.
(3) On sait qu'en Allemagne, le droit du plus fort s'appelait *Faust Recht*, *droit du poing*.

mort, il n'y a pas de raison pour ne pas généraliser le principe nouveau, il y a contradiction, inconséquence à ne pas le faire. Le ministre de la justice, en présentant à la chambre des pairs le projet de loi abolissant le droit d'aubaine, dit que l'on avait examiné la question de savoir si l'on abrogerait l'article 11 ; M. de Serre répond que l'on n'y avait vu aucun avantage. Il est curieux de l'entendre (1) : « Ce que nous désirons, ce sont des étrangers qui, demeurant propriétaires dans le royaume, s'y fixeront naturellement, ou apporteront des capitaux desquels nous profiterons, quand même leurs propriétaires ne se fixeraient pas parmi nous. Le but sera atteint, si nous leur rendons le libre et entier exercice du droit de propriété, en levant l'interdiction de disposer et de recueillir, qui restreint et asservit ce droit dans leurs mains. Les autres droits civils n'ont rien de commun avec celui qu'il nous est avantageux de leur restituer. *Ce n'est pas par un mouvement de générosité* que nous voulons effacer des différences relatives aux successions et aux transmissions de biens, *c'est par calcul* ; il ne faut donc effacer que celles qui peuvent dissuader les étrangers d'acquérir ; ils n'ont besoin pour cela ni de droits politiques, dont nous devons être avares, ni même de la plénitude des droits civils. » Voilà le langage d'un ministre de la *justice* dans un royaume qui s'appelait *très chrétien*. Le ministre oublie que la générosité, qu'il affecte de dédaigner, n'est autre chose que la fraternité humaine, et que la fraternité impose des obligations, dans le sens strict du mot. Qui a prêché aux hommes qu'il n'y a plus ni Grecs ni Barbares? Jésus-Christ. Dans le royaume *très chrétien*, on n'aurait pas dû l'oublier. La fraternité de l'Evangile est une croyance religieuse, sans doute ; mais comment des hommes, frères en Dieu, seraient-ils étrangers et ennemis dans la vie civile? Les principes ne se scindent pas ainsi ; si les hommes sont frères, ils doivent l'être dans toutes les relations de la vie, sauf les différences politiques que personne ne songe à effacer. C'est ce que le législateur

(1) *Moniteur français* du 14 mai 1819.

nalien a fait, et le nouveau principe fera le tour du monde.

16. L'article 11 du code Napoléon exige une seconde condition pour que l'étranger jouisse des droits civils : il faut que la réciprocité soit établie par un traité. Cette condition se justifie par la considération que les traités sont des conventions qui lient les parties contractantes ; ils offrent une garantie que les lois ne donnent point, car les lois peuvent être changées d'un jour à l'autre, et cette instabilité détruirait la sécurité, qui est l'âme des relations civiles. Les traités sont plus stables, puisqu'ils sont faits dans un esprit de perpétuité et que les nations ne les rompent pas sans de graves considérations. Toutefois, les traités ont aussi leur inconvénient : ils font dépendre la jouissance des droits civils des rapports politiques qui existent entre les peuples. Les guerres, les révolutions rompent tout lien pacifique entre les nations; l'état de guerre a été permanent entre la France et l'Angleterre pendant la révolution et sous l'empire ; il en résulta qu'aucune convention internationale n'était possible, et, par suite, les Anglais ne jouissaient point des droits civils en France, ni les Français en Angleterre. Il y a plus. Sous l'ancien régime, il n'était intervenu entre les deux pays aucun traité qui assurât aux Anglais la jouissance des droits civils en France ; mais des lettres patentes du 18 janvier 1787 déclarèrent les Anglais habiles à succéder en France à leurs parents français, puis vinrent les décrets de l'Assemblée constituante, qui abolirent le droit d'aubaine, ainsi que l'incapacité qui frappait les étrangers. Les Anglais pouvaient-ils, en vertu de ces actes législatifs, recueillir une succession en France? La cour de Metz s'était prononcée en faveur des héritiers anglais : l'arrêt a été cassé, et il devait l'être, sous l'empire du code civil (1). En effet, l'article 11 exige la réciprocité contractuelle; il déroge, par cela même, aux lois anciennes qui accordaient aux Anglais le droit héréditaire sans l'existence d'un traité.

(1) Cassation, 6 avril 1819 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Succession*, n° 110).

Les révolutions peuvent entraîner la même impossibilité de faire des conventions internationales. Telle fut la révolution de 1830, qui scinda le royaume des Pays-Bas en deux Etats, la Belgique et la Hollande. Concitoyens jusque-là, les Hollandais et les Belges devinrent étrangers; fallait-il leur appliquer l'article 11 du code Napoléon? La cour de cassation décida que le code n'était pas applicable; il suppose des nations qui peuvent régler par des traités les rapports juridiques de leurs sujets respectifs; or, avant 1839, l'indépendance de la Belgique n'était pas reconnue par la Hollande; par suite, les deux pays se trouvaient dans une situation anomale, révolutionnaire, ce qui excluait l'application de l'article 11 (1). Cette décision pourrait être contestée; les guerres durent plus longtemps que les révolutions, elles suspendent aussi toute relation politique; ce qui n'empêche point l'article 11 d'être applicable. Quoi qu'il en soit, un loi du 20 mai 1837 dérogea au code civil, en ce sens que l'étranger était admis à disposer et à recevoir à titre gratuit, en Belgique, sous la seule condition de réciprocité, alors même qu'il n'y aurait pas de traité; une loi ou une coutume suffirait. La loi de 1837 est devenue sans objet depuis que le droit d'aubaine est aboli par la loi du 27 avril 1865; l'article 11 subsiste donc dans son intégralité, en Belgique, sauf que les étrangers y jouissent du droit de transmettre et de recevoir à cause de mort.

17. Un écrivain autrichien, le comte Barth-Bartenheim, dit que les lois des peuples concernant les étrangers donnent la mesure de « leur civilisation » (2). Lomonaco dit que cela témoigne en faveur des peuples modernes, quand on les compare aux républiques de la Grèce et de Rome. Il est vrai que nos lois ne qualifient plus l'étranger d'ennemi; mais il faut ajouter qu'elles ne le traitent pas encore en ami, en frère. Au dix-huitième siècle, la France brillait par sa philosophie humaine, cosmopolite; au nom de la fraternité des peuples, Montesquieu flétrit le droit

(1) Rejet, 17 novembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 353).
(2) Cité par Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*, p. 295.

d'aubaine comme un legs de la barbarie du moyen âge, et à sa suite, l'Assemblée Constituante l'abolit, en proclamant que tous les peuples sont frères. Quelques années se passent, et les constituants sont traités d'utopistes; le législateur français exclut l'étranger de la jouissance des droits civils jusqu'à ce qu'un traité ait accordé ces droits aux Français ; le calcul des utilitaires a pris la place, je ne dis pas des sentiments généreux, mais du droit et de la justice. Cependant, il ne faut jamais désespérer du progrès. En 1819, la France renonça au droit d'aubaine, sans réciprocité. Vainement dit-elle qu'elle le fit par intérêt national; sous la Restauration, on ne pouvait invoquer les principes de 1789. Dieu se sert même de nos mesquines passions pour conduire les peuples vers un meilleur avenir. Les restaurations passent et l'ère révolutionnaire reprend son cours. Des nations sortent de leur tombeau séculaire. L'Italie, si richement douée par le Créateur, conquiert la liberté, en même temps que son existence nationale. Le premier usage qu'elle fait de son indépendance, c'est de reconnaître le principe de nationalité chez tous les peuples ; elle proclame, dans son code, qu'il n'y a plus d'étrangers, et elle permet à tout homme d'invoquer son droit national. Ainsi, le progrès s'accomplit malgré la résistance des partisans du passé. L'initiative que l'Italie a prise ne restera pas stérile ; la Belgique va suivre son exemple, et la France républicaine reprendra la tradition de 1789.

SECTION II. — Droit étranger.

§ Ier. *Le droit anglo-américain.*

1. LA COMMON LAW

18. Le code Napoléon a formulé le droit traditionnel en ce qui concerne la condition des étrangers, et la tradition consacrait le principe de l'inégalité. En ce sens, on a tort d'imputer l'inégalité au législateur français ; il faut s'en prendre aux légistes qui siégeaient au conseil d'État.

Il est vrai qu'il y avait une autre assemblée où dominaient les idées de 1789; le premier consul aurait bien fait d'écouter le Tribunat; l'œuvre de la codification se serait faite avec plus de difficulté, comme partout où il y a une opposition, mais aussi, le code n'aurait pas été souillé par la mort civile, et au lieu de reculer jusqu'à l'antiquité, en déclarant l'étranger sans droit, la France aurait poursuivi l'œuvre de la Constituante, et elle aurait tenu le premier rang parmi les nations civilisées, ce qui eût été une plus grande gloire que celle des armes que Napoléon lui donna, triste gloire qui aboutit à une triple invasion et au démembrement de la France. Les Français, qui professent une espèce de culte pour le code civil, oublient que ce code porte le nom de Napoléon, et qu'à bien des égards, c'est une idée napoléonienne. Qu'ils maintiennent le code civil, en tant qu'il est l'expression de la sagesse des siècles, mais qu'ils répudient les principes réactionnaires qui leur ont été imposés par le premier consul. Telle est l'inégalité des étrangers; il a fallu un coup d'Etat, c'est-à-dire la violence, pour le faire adopter par le Tribunat et par le Corps législatif.

Ce qui prouve que l'esprit traditionnel est le vice du code Napoléon, c'est que l'inégalité pèse sur l'étranger partout ou règne la tradition. Or, nulle part, la tradition n'est aussi puissante qu'en Angleterre et aux Etats-Unis. La *common law* y exerce une véritable tyrannie dans le domaine de la science; et ce droit remonte jusqu'au onzième siècle, à la conquête de l'Angleterre par les Normands. Chose étrange, les Anglais, si fiers de leur liberté, les Américains, plus orgueilleux encore de leurs institutions républicaines, sont régis, dans leur vie privée, par le droit féodal, implanté en Angleterre par la rude main des conquérants. Cela explique un fait qui paraît étrange : les deux peuples qui se vantent, et à bon droit, de leur liberté, ont été jusqu'à nos jours les plus hostiles aux étrangers.

Ces mêmes peuples se disent aussi chrétiens par excellence, alors qu'ils répudient la maxime essentielle du christianisme de Jésus-Christ, la fraternité et la charité.

On pourrait croire qu'il faut s'en prendre à l'esprit aristocratique, égoïste de sa nature, comme toutes les institutions qui partagent l'humanité en castes. Mais, si l'Angleterre est aristocratique, par contre, la démocratie coule à pleins bords aux Etats-Unis, et les Américains ne sont pas plus favorables aux étrangers que les Anglais. Faut-il accuser l'esprit commercial qui a été longtemps et est encore, en dépit de la doctrine des économistes, un esprit de lucre exclusif, et, par suite, d'intérêt national mal entendu ? Peut-être. Cependant, il s'est trouvé des nations commerçantes qui, par une politique mieux entendue, ont favorisé les étrangers, pour les appeler dans leur sein. Grotius le dit des Hollandais, et l'on peut ajouter que le commerce, s'il commence par être égoïste, devient cosmopolite par la force des choses, puisqu'il ne vit que par les relations internationales, tandis que l'exclusion des étrangers et l'hostilité d'un peuple commerçant contre l'autre seraient la guerre de tous contre tous. La véritable cause, à mon avis, qui a perpétué jusqu'à nos jours, dans l'ordre civil, les sentiments étroits et hostiles que le moyen âge témoignait aux étrangers, c'est l'esprit routinier qui s'enracine chez les légistes, là ou le droit est essentiellement coutumier. Telle est la *common law* qui s'est formée en Angleterre par l'action exclusive des mœurs nationales, et que les émigrants anglais ont emportée avec eux dans les colonies de l'Amérique. Le droit était coutumier dans toute l'Europe, mais en Allemagne, en France et dans les pays du Midi, le droit romain régnait à côté des coutumes ; là même où il n'avait pas force de loi, il jouissait d'une autorité plus grande peut-être, celle de raison écrite. L'étude des chefs-d'œuvre du droit élargissait les esprits et leur imprimait un certain cosmopolitisme, caractère que le droit romain tenait de la conquête et de la philosophie stoïcienne. Il n'en fut pas de même en Angleterre : les écrits des jurisconsultes romains n'y exercèrent pas la moindre influence sur le droit. Toute la science consistait en précédents ; et tel est encore aujourd'hui le trait caractéristique des légistes anglo-américains. L'absence d'un enseignement scientifique a contribué à abaisser

le droit, car c'est l'abaisser que de le réduire à une simple pratique, et une pratique qui remonte aux Anglo Saxons et aux Anglo-Normands! Il en résulte que le droit privé est resté imprégné de l'esprit féodal. Or, la féodalité est exclusive, hostile à tout ce qui est étranger; au moyen âge comme à Rome du temps des XII Tables, l'étranger était un ennemi. Ajoutez à cela que la féodalité s'incarne dans le sol; ceux qui naissaient sur le sol partageaient la liberté ou la servitude qui y régnaient. La servitude a disparu de l'Angleterre et des Etats-Unis, mais c'est toujours le sol qui donne la nationalité et les droits qui y sont attachés; celui qui est né hors de ce sol privilégié ne participe en rien ni à la liberté, ni même au droit privé, car le droit privé et le droit public sont une dépendance du régime féodal qui régit encore, en théorie du moins, les Anglais et les Américains : leur liberté date du treizième siècle et leur droit remonte encore plus haut. C'est ce droit qui a régi les étrangers jusqu'à nos jours.

19. On lit dans un rapport fait au Parlement en 1843 que la législation anglaise sur les incapacités qui frappent les étrangers est plus rigoureuse que celle d'aucun autre Etat (1). En France, l'étranger, s'il mourait serf, vivait du moins libre. En Angleterre, l'étranger étant en dehors des liens de la vassalité féodale, n'avait aucun droit, ni vivant, ni mourant. Tout le sol relevait du roi; personne ne pouvait avoir un droit quelconque sur un immeuble qu'en qualité de vassal du roi, et pour être vassal du roi, il fallait lui prêter foi et hommage, ce qu'un étranger ne pouvait faire sans abdiquer sa patrie. C'est ainsi que lord Coke explique un statut d'Henri VIII en vertu duquel les étrangers ne pouvaient prendre à bail une maison, sous peine de cinq livres sterling d'amende; le bail était déclaré nul et de nul effet. Prise dans un sens absolu, cette prohibition aurait rendu impossible tout séjour des commerçants étrangers dans la Grande-Bretagne; or, le législateur anglais a toujours favorisé le commerce; on permit donc aux commerçants étrangers

(1) Le Baron, *Le Code des étrangers*, p. 63.

de prendre à bail une maison d'habitation, comme accessoire de leur commerce. Encore ce droit fut il soumis à des restrictions dans lesquelles il est inutile d'entrer ici (1). Le statut d'Henri VIII ne fut rapporté que de nos jours; une loi de la reine Victoria permet aux *étrangers amis* de prendre à bail des terres, maisons ou autres héritages, mais avec une nouvelle restriction : le bail ne peut excéder vingt et un ans (2).

Ce statut fut porté en 1843, après de longues délibérations. On ouvrit une enquête sur l'exécution des lois anciennes. Des témoins d'une grande autorité y furent entendus, entre autres, lord Brougham, qui fut d'avis de permettre aux étrangers d'acquérir des propriétés immobilières dans le royaume, comme cela se faisait sur le continent; l'illustre homme d'Etat était lui-même propriétaire d'un domaine près de Cannes, dans le département du Var. A l'appui de cette innovation, on disait que l'incapacité d'acquérir un immeuble était facilement éludée, ce qui constituait une situation illégale et, partant, dangereuse. Le rapport fait au nom du comité constata que les étrangers avaient rendu de grands services à l'industrie anglaise, et que les émigrés pour cause d'intolérance catholique payèrent avec usure l'hospitalité que la Grande-Bretagne leur offrit. Ces arguments ne convainquirent pas le Parlement, il se borna à décider que les étrangers pouvaient posséder toute espèce de propriété mobilière; et il consacra formellement l'incapacité de posséder des immeubles (3).

20. Tant est grande la puissance des préjugés traditionnels en Angleterre! Il faut nous y arrêter un instant; elle explique non seulement l'incapacité qui a si longtemps frappé les étrangers, mais aussi l'opposition que les principes du droit civil international trouvent chez les légistes anglo-américains : ne reconnaissant aucun droit à l'étranger, comment pourraient-ils respecter les lois qui le régissent? Blackstone nous dira pourquoi les étrangers ne peuvent pas posséder d'immeubles en Angleterre. Depuis

(1) Le Baron, *Code des étrangers*, p. 10, 81 et 106.
(2) Le Baron, *Code des étrangers*, p. 105
(3) Le Baron, *Code des étrangers*, p. 63, 64, 71, 80.

Guillaume le Conquérant, il est reçu pour maxime que le roi est le seigneur suprême de toutes les terres du royaume; par suite, toute terre doit être tenue du suzerain; or, les étrangers ne doivent aucune allégeance au roi; de là une incapacité radicale de posséder une partie du sol. Il est vrai que la suzeraineté du roi et sa seigneurie étaient devenues une pure fiction. Mais peu importe, cette fiction était le fondement de la propriété, et, par conséquent, de la constitution du royaume. On craignait d'ébranler tout l'édifice de la société anglaise en portant la main sur la base de l'ordre social (1).

On fait un grief à la France de son droit d'aubaine. Eh bien, ce droit si odieux, flétri par Montesquieu comme un débris de la barbarie de nos ancêtres, peut passer pour une loi humaine, libérale, en comparaison de la *common law* d'Angleterre. On abolissait le droit d'aubaine par des traités, et, de fait, il était presque aboli sur le continent, par des conventions internationales, lorsque l'Assemblée Constituante en prononça l'abolition. Il n'en est pas de même de l'incapacité qui frappe l'étranger en Angleterre : les traités n'y peuvent rien changer. Voilà pourquoi il n'y eut jamais de traité entre l'Angleterre et la France pour l'abolition du droit d'aubaine. Il fallait transformer la condition de la propriété telle qu'elle existe depuis Guillaume le Conquérant; il faut que le roi cesse d'être suzerain, propriétaire de tout le sol; il faut que la propriété, au lieu d'être une tenure féodale, devienne la propriété libre du droit romain.

21. Les conséquences qui découlent du principe anglais nous paraissent aussi étranges que le principe même. C'est qu'en France et en Belgique, la féodalité civile n'est plus que de l'histoire, que les savants mêmes ignorent; extirpée jusqu'à la racine par la Révolution, il n'en reste plus aucune trace dans nos mœurs, à peine un souvenir. En Angleterre, jusqu'en 1870, les étrangers ne pouvaient être propriétaires du sol; on éludait sans doute la loi; mais en droit strict, si par une voie quelconque, achat,

(1) Blackstone, *Commentaries*, t. I, p. 370-372 (7e édit., de 1775).

donation, testament ou succession, un étranger possédait un immeuble, cet immeuble était confisqué au profit du roi, seigneur suzerain. La fiction était une loi que les juges étaient tenus d'appliquer (1). Il a été jugé que la capacité de succéder est limitée aux enfants de pères anglais; un enfant né à l'étranger d'une mère anglaise et d'un père étranger ne peut succéder aux biens immeubles de sa mère, ni exercer les droits d'un héritier breton (2). Le sang héritable lui manque, et le sang héritable joue un grand rôle dans la jurisprudence anglaise. Les étrangers ne pouvaient pas succéder; c'est pire que le vice d'extranéité, comme disaient les vieux jurisconsultes français, c'est l'incapacité d'être propriétaire, tandis qu'en France l'étranger pouvait acquérir, puisqu'il vivait libre. L'étranger ne pouvait avoir d'héritiers : ni de parents étrangers, puisque ceux-ci n'avaient pas de sang héritable : ni de parents anglais, puisque ses biens, s'il en avait, appartenaient au roi (3).

Lord Coke rapporte une application très intéressante du sang héritable. Un étranger s'établit en Angleterre et y a deux fils. Ceux-ci sont Anglais, comme étant nés sur le sol d'Angleterre; mais ils ne peuvent pas succéder à leur père, celui-ci étant incapable de transmettre ses biens immeubles, puisque ces biens appartiennent au roi. Le droit d'aubaine n'allait pas jusque-là; les enfants nés en France, étant Français, succédaient à leur père, ce qui prouve que le droit d'aubaine n'était pas féodal en France, comme il l'était en Angleterre. Lord Coke continue. L'un des fils vient à mourir : son frère peut-il recueillir les biens que son frère décédé possédait? Non, répond le célèbre légiste. En effet, s'ils sont parents, c'est parce qu'ils sont enfants du même père; or, le père n'avait pas de sang héritable, il ne pouvait donc pas en communiquer à ses enfants; ceux-ci ne pourraient être héritiers de leur père, donc ils ne sauraient hériter l'un de l'autre. La

(1) Le Baron, *Code des étrangers*, p. 114, n° 92.
(2) Le Baron, *Code des étrangers*, p. 78 et suiv.
(3) Stephen, *New Commentaries on the laws of England* (7e édit. 1874), t. I, p. 440, n° 3. Stephen ne fait que copier ce que dit Blackstone, t. II, p. 249, n° 6. La propriété est restée immuable depuis Guillaume le Conquérant.

conséquence était tellement rigoureuse, disons le mot, tellement inique, que la jurisprudence s'en écarta, mais pour l'écarter, elle fut obligée de contredire les principes et le bon sens; elle décida que le frere pouvait succéder à son frere, quoiqu'ils fussent enfants d'un étranger, par la singulière raison qu'ils étaient parents *immédiats*, sans que l'on dût recourir au *père commun* (1) ; c'est à peu près comme si l'on disait qu'un frere engendre l'autre!

22. Un légiste anglais dit que le statut sur la naturalisation de 1870 a mis la *common law* en harmonie avec les principes de la civilisation moderne. Jusqu'à cette époque, l'étranger était incapable d'acquérir et de transmettre aucun droit immobilier, tandis qu'il pouvait disposer de ses biens mobiliers par testament (2); nouvelle preuve que l'incapacité qui le frappait était d'origine féodale. La souveraineté féodale reposait sur le sol, pour mieux dire, le sol conférait la souveraineté; c'est la source de l'incapacité qui frappait l'étranger, et la tradition féodale sépare comme un abîme la doctrine des Anglo-Américains de celle qui règne sur le continent, en ce qui concerne le droit international privé. Tant que cette barrière subsistera, il ne faut pas songer a un droit universel, à la communauté de droit, que Savigny propose comme base de notre science, et que l'Italie a réalisée dans son code civil. Heureusement qu'il n'y a point de mur chinois dans le monde européen; le statut de 1870 a aboli l'incapacité qui frappait l'étranger; la *common law*, immuable jusque-la, a subi une profonde révolution. La logique des idées amènera une révolution analogue dans le droit civil international.

A lire le statut de la reine Victoria, on ne lui donnerait pas cette importance. Il ne dit pas que la reine cesse d'être propriétaire de toutes les terres, il ne dit pas que la propriété n'est plus une tenure. Le législateur anglais, de même que les légistes anglais, ne procède jamais par principes, il prévoit et décide des cas, des especes. Mais

(1) Voyez les témoignages dans Stephen, *New Commentaries*, t. I, p. 440 et suiv.
(2) Le Baron, *Code des étrangers*, p. 109, n° 80.

ces décisions impliquent de nouveaux principes, que la jurisprudence, si puissante chez les Anglo-Américains, en saura bien déduire. L'étranger est admis à posséder et à tenir des terres, maisons et autres héritages dans le Royaume-Uni. Voilà le statut; il ajoute deux conditions et une réserve : c'est que l'étranger soit *ami* et réside en Angleterre; celui qui appartient à une nation *ennemie* est lui-même *ennemi* et, partant, sans droit. C'est un débris de la vieille tradition, qui confond les individus avec les États et considère comme ennemis ceux qui, en réalité, ne le sont point. L'étranger non résident reste aussi sous l'empire du droit traditionnel; est-ce parce qu'il ne procure aucun profit à l'Angleterre qu'on ne lui accorde la jouissance d'aucun droit? Enfin, le statut de 1870 n'est applicable qu'à la Grande-Bretagne; il ne s'étend pas aux colonies (1). Encore un souvenir d'une politique surannée, qui voit avec jalousie et défiance tout ce qui concerne les colonies situées au loin, et sans lien national avec la mère patrie. J'aurai l'occasion d'y revenir.

N° 2. LA COMMON LAW AUX ÉTATS-UNIS.

23. Le droit féodal régissant un peuple commerçant jusque dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, est déjà un spectacle étrange; mais voici une chose plus étrange encore, c'est que le droit féodal, implanté au onzième siècle en Angleterre par les Normands, régit encore de nos jours la république puissante des États-Unis. Rien ne prouve mieux la ténacité des traditions juridiques. La coutume de Paris forme toujours le droit du Canada français, et la *common law*, transplantée en Amérique par les colons anglais, y a jeté des racines aussi profondes que dans la mère patrie. J'ai sous les yeux la douzième édition de l'excellent ouvrage de Kent, intitulé, comme celui de Blackstone : *Commentaires sur la loi américaine*. Cette loi est la *common law*. Le chapitre de la propriété immobilière s'ouvre par l'établissement des

(1) Voyez le texte du statut de 1870 dans Phillimore, *Private international law*, p. 265. Comparez Wharton, *Conflict of laws*, p. 269, note

Normands en Angleterre (1). Il existait des germes de vassalité chez les Anglo-Saxons, comme dans tous les Etats fondés par les Germains, mais la féodalité systématique date de Guillaume le Conquérant. En France, pays féodal par excellence, on disait : Nulle terre sans seigneur. Il en fut de même dans l'Angleterre après la conquête; la propriété allodiale disparut complètement, toute terre était possédée en vertu d'une tenure féodale. Il n'y avait qu'une différence entre la féodalité française et la féodalité anglaise : c'est qu'en Angleterre, la royauté, procédant de la conquête, avait une puissance que n'eurent jamais les faibles Capétiens. Le roi était le lord suprême, toute terre relevait de lui. De là le profond respect pour la royauté, qui est encore aujourd'hui un trait caractéristique des mœurs anglaises. La féodalité politique n'a jamais eu en Angleterre la puissance qu'elle avait en France; par contre, la féodalité royale y dominait dans toutes les relations de la vie civile, et en théorie, elle domine encore. Ce n'est plus qu'une fiction, mais cette fiction resta la base de la propriété immobilière jusqu'en 1870, et le législateur s'est bien gardé de l'abroger; il a seulement aboli les incapacités qui en résultaient pour les étrangers.

Tant que les colonies furent dans la dépendance de l'Angleterre, le roi était le seigneur des terres américaines, comme il était le seigneur des terres anglaises. Mais qu'allait devenir la féodalité royale quand les colons fondèrent la république des Etats-Unis? La seigneurie du roi était une souveraineté; c'est parce que le roi était souverain qu'il était le seigneur du sol. La souveraineté ayant passé au peuple, on appliqua à la nation souveraine la maxime féodale que toute terre est tenue du seigneur, propriétaire du sol. On lit dans les statuts revisés de New-York « que le peuple de cet Etat est censé posséder la propriété originaire et actuelle de toutes les terres qui se trouvent dans les limites et sous la juridiction de l'Etat ». Quant à la propriété des particuliers, ils la tiennent du peuple, dont la seigneurie a pris la place de

(1) Kent, *Commentaries on the american law*, t. III, p. 659 et suiv.

celle du roi. En ce sens, toute propriété est toujours une tenure féodale, et on peut encore appliquer à la propriété, aux Etats-Unis, ce que dit un vieux feudiste anglo-normand : « *Tenure* est la manière par quoi les *tenements* sont *tenus* des seigneurs. » Il est inutile d'ajouter qu'en Amérique, il n'y a plus ni droit d'aînesse, ni privilége de masculinité, ni services féodaux, ni restrictions au droit d'aliener ; les conséquences du principe féodal ont disparu, mais le principe subsiste (1). Si on le prenait au sérieux, il pourrait devenir un danger d'une gravité extrême. Louis XIV disait : « L'Etat, c'est moi », et il se croyait propriétaire de son royaume et du sol français. C'est le plus mauvais des socialismes, et il deviendrait encore bien plus mauvais si le peuple se disait le seigneur et maître de toutes les terres.

24. On se demande comment le droit féodal anglais, avec l'incapacité qui en résulte, pour les étrangers, de posseder et de transmettre des biens immobiliers, se concilie avec l'intérêt politique des Etats-Unis. Fondée par des émigrants, la république étend encore journellement sa puissance par de nouvelles immigrations. Or, les milliers d'Européens qui quittent leur patrie chaque année, surtout les Allemands, presque tous possesseurs d'un petit pécule, ont l'ambition de devenir proprietaires dans leur nouvelle patrie. Comment cet immense mouvement est-il compatible avec les entraves de la féodalité anglo-normande ? La république américaine est une union d'Etats qui ont chacun leur législation particulière ; il n'y a point de code général pour les Etats-Unis. La *common law* est, à la vérité, le droit commun, mais il est modifié par les lois des divers Etats. Ceux-ci ont compris que leur puissance est intéressee a favoriser les immigrants qui veulent devenir propriétaires. Un grand nombre d'Etats ont aboli les incapacités qui frappaient les étrangers en vertu du droit anglais ; d'autres leur ont accordé le droit d'acquérir et de transmettre des biens immobiliers, sous la condition de la résidence ; les plus sévères se sont contentés d'une

(1) Kent, *Commentaries on the american law*, t. III, p. 669 et 670.

promesse de devenir citoyens; la naturalisation lève toute incapacité, et elle s'accorde avec une grande facilité aux Etats-Unis, comme je le dirai dans la suite de ces Etudes (1). Or, tous les immigrants résident, et tous, sauf de rares exceptions, entendent acquérir une nouvelle patrie en Amérique.

25. Il restait une entrave qui pouvait arrêter l'émigration, au grand préjudice des Etats-Unis. L'émigration n'est pas vue avec faveur par les vieux Etats de l'Europe, au moins quand ce sont des propriétaires qui émigrent : la population diminue, les bras manquent à l'agriculture et à l'industrie; c'est un mal, au moins passager. De là une tendance à entraver l'émigration en exigeant des émigrants un droit de détraction, espèce d'impôt qui s'élève à la dixième partie de la valeur des biens que les émigrants vendent pour en exporter le prix. Le droit d'aubaine est une autre entrave. Ceux qui émigrent laissent des parents dans leur ancienne patrie : seront-ils admis à leur succéder? Non, dans les pays où règne le principe de réciprocité, et telle est encore la règle. D'après la rigueur de la *common law*, les étrangers ne sont pas admis à succéder; les Etats européens s'en prévalaient pour refuser le droit d'hérédité à leurs anciens sujets devenus Américains. De là, nécessité de négocier pour obtenir l'abolition des droits d'aubaine et de détraction.

Ces négociations rencontrent un obstacle dans la situation particulière des Etats qui composent l'Union américaine. Ils sont souverains en ce qui concerne leurs intérêts particuliers, et on considère comme tels les relations qui naissent du droit privé; chaque Etat fait ses lois et ses codes. Mais les Etats ne sont pas souverains dans l'ordre politique; c'est l'Union qui est souveraine; le président la représente et, par suite, négocie les traités, et le sénat les sanctionne. Dans la matière des incapacités qui frappent les étrangers, la souveraineté des Etats peut se trouver en conflit avec la souveraineté de l'Union. Il y a

(1) Voyez les détails sur la législation des divers Etats, en ce qui concerne la capacité des étrangers, dans Lawrence *Commentaire sur les Eléments du droit international de Wheaton*, t. III, p. 89-93.

des États qui maintiennent la *common law* avec son caractère féodal, et l'incapacité qui en résulte pour les étrangers de posséder et de transmettre des biens immobiliers. Le président des États-Unis peut-il faire des traités qui abolissent cette incapacité? C'est déroger à la *common law* et, par conséquent, à la législation particulière des États qui l'ont maintenue, ce qui aboutit à porter atteinte à leur souveraineté. Or, les États sont très jaloux de leur puissance souveraine, et dans la crainte de les blesser, il est arrivé que le sénat a refusé de sanctionner les traités que le président avait conclus (1). Il y a, à la vérité, une autre opinion dans laquelle on cherche à échapper à ces entraves, qui compromettent les intérêts généraux de l'Union. On soutient que la Constitution donnant au président des États-Unis le pouvoir de faire des traités, dans l'intérêt de l'Union, ces traités sont par cela même valables, le droit particulier des États devant se subordonner au droit de la patrie commune (2). Cela est très rationnel, mais je doute que cela soit légal. Les hommes de loi s'en tiennent à la rigueur des principes (3).

26. Par là s'expliquent les clauses embarrassées que l'on trouve dans les traités faits par les États-Unis. Le président commença par donner de pleins pouvoirs à son négociateur, A. Wheaton, l'auteur des *Éléments du droit international*, qui ont obtenu une si grande célébrité. Puis il fut obligé de retirer ces pleins pouvoirs, le sénat ayant refusé de ratifier une convention conclue sur ces bases avec la Suisse. Il fallut, dans les nouvelles instructions, réserver les droits des États de l'Union. Les nombreux traités conclus par l'Union américaine avec les divers États de l'Europe et de l'Amérique n'ont pas tous le même objet. Il y en a qui se bornent à abolir le droit d'aubaine et de détraction. C'était abroger les conséquences du principe féodal, tout en laissant le principe intact, ce qui est peu logique. Il fallait accorder aux immigrants le droit

(1) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 89, 94-96.
(2) Wheaton, *Conflict of laws*, p. 269, note.
(3) C'est l'opinion de Wirt, attorney général. (Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 56.)

de posséder et de transmettre des biens immobiliers; mais ici l'on se heurtait contre la souveraineté des Etats de l'Union, et l'on fut obligé de limiter les conventions à la propriété personnelle, c'est-à-dire mobilière. De pareilles conventions n'atteignaient pas le but; il en résultait, en effet, que l'incapacité des étrangers subsistait. En 1845, le président essaya d'étendre aux immeubles la capacité des étrangers, mais le sénat ne consentit à ratifier le traité conclu avec la Bavière que sous la condition que cette clause fût rayée (1). Il ne restait qu'une chose à faire, c'était de réserver les droits des Etats. C'est en ce sens que fut rédigé le traité de 1853 avec la France. Il y est stipulé que dans tous les Etats de l'Union *où les lois existantes le permettent*, les Français pourront posséder des biens meubles et immeubles au même titre que les citoyens des Etats-Unis; qu'ils auront le droit d'en disposer librement et sans réserve, à titre gratuit ou onéreux, par donation, testament ou autrement, comme les nationaux, sans être assujettis à des taxes quelconques auxquelles ceux-ci ne seraient point soumis. Quant aux Etats de l'Union dont la législation ne permet pas aux étrangers de posséder des immeubles, le président s'engage à leur *recommander* de faire des lois qui confèrent ce droit aux Français. De son côté, la France reconnaît aux citoyens des Etats-Unis la jouissance, en France, en matière de propriété mobilière, immobilière et de succession, de droits identiques à ceux dont jouissent les Français. Le traité finit par la réserve d'appliquer ultérieurement la réciprocité entre les deux nations en ce qui concerne les droits de propriété et de succession (2).

27. La législation anglo-américaine offre bien des enseignements. Les auteurs disent que, dans le droit international moderne, l'étranger est assimilé à l'indigène (3), et voilà le peuple le plus libre du monde qui ne permet pas même au président de la république de négocier l'égalité des étrangers et des Américains. Et la raison

(1) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 85-89.
(2) Martens et De Cussy, *Recueil de traités*, t. VII, p. 173.
(3) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 22, n° 6.

en est qu'il y a des Etats de l'Union qui sont encore régis par la *common law*, c'est-à-dire par le droit féodal de Guillaume le Conquérant! Savigny, grand adversaire de la codification, dit que les codes empêchent le droit de se développer librement par la voie de la science; tandis que le droit coutumier est toujours l'expression de la conscience juridique des peuples. Le droit anglo-américain donne un démenti à cette glorification des coutumes, et le code italien est une réponse aux attaques injustes dont la codification a été l'objet. La *common law* est encore aujourd'hui ce qu'elle était au onzième siècle; elle est restée stationnaire, immobile; et l'on reproche aux légistes anglo-américains d'être attachés à la tradition à ce point que la science n'est qu'une routine. Lord Coke a mis son immense érudition au service du droit féodal de Littleton, qu'il a commenté; il ne songea pas à remplacer le droit du moyen âge par un droit plus rationnel. Montesquieu admire le chêne féodal, dont les racines plongent dans les forêts de la Germanie. C'est l'historien qui tient ce langage, mais le philosophe flétrit la barbarie du droit d'aubaine; tandis que lord Coke s'est borné à commenter ce droit barbare (1). L'Assemblée Constituante a donc bien fait d'abattre le chêne. Il a fallu pour cela l'action du législateur; et c'est encore un code, celui d'Italie, qui a consacré l'égalité des étrangers et des nationaux, alors que la *common law* conserve toujours les traces de la féodalité normande.

§ 2. *Le droit continental.*

28. Helmold, dans sa *Chronique slave*, célèbre comme un trait caractéristique de la race dont il écrit l'histoire son admirable hospitalité (2). L'hospitalité et le droit sont étroitement unis au berceau des nations : c'est en s'attachant à un hôte et par son intermédiaire que l'étranger devenait une personne juridique chez les Grecs et les

(1) Comparez Kent, *Commentaries*, t. III, p. 670.
(2) Helmold, *Chronicon Slavorum*, II, 12, p. 12

Romains. Les Slaves faisaient mieux : par un exquis sentiment d'humanité, ils avaient pitié de l'isolement de l'étranger, et lui accordaient des priviléges à raison de son délaissement. Alors que les indigènes devaient prouver le fondement de leur demande, quand ils se plaignaient d'un fait dommageable, par la déposition de deux témoins, on acceptait le serment de l'étranger à titre de preuve : on disait que les Slaves se défiaient d'eux-mêmes et qu'ils craignaient que leur témoignage ne fût suspect quand il s'agissait d'un étranger, et les étrangers n'étaient guère dans le cas d'invoquer le témoignage d'un compatriote. Les étrangers étaient encore privilégiés dans la procédure d'ordre; la loi leur donnait la préférence sur les Russes (1).

Les Russes furent de bonne heure en relation avec les Grecs; ce sont des missionnaires grecs qui les convertirent à la foi de l'Evangile. J'ai dit que l'accusation que Montesquieu porte contre les Barbares d'avoir inventé le droit d'aubaine pourrait s'adresser à plus juste titre aux Grecs et aux Romains, les peuples les plus civilisés de l'antiquité. Les Grecs conservèrent, dans leur décadence séculaire, leurs préjugés hostiles à l'étranger : au dixième siècle, les étrangers ne pouvaient ni tester, ni recevoir par testament; leurs biens étaient dévolus au fisc. Des traités intervenus entre les Grecs et les Russes accordèrent le droit d'hérédité aux membres des deux peuples (2).

Le droit russe suivit une marche inverse de celle que l'on constate chez les autres peuples : l'inégalité, l'hostilité se trouvent au berceau du genre humain, l'égalité est le fruit du développement progressif du sentiment d'humanité, cette fine fleur de la civilisation. Chez les Russes, au contraire, les étrangers commencèrent par jouir de l'égalité, même privilégiée, et ils finirent par subir la loi de l'inégalité. L'écrivain russe qui nous sert de guide en cette matière explique cette singularité par l'affluence d'aventuriers étrangers, qui ne méritaient guère les fa-

(1) Witte, *Die Rechtsverhältnisse der Ausländer in Russland* (Dorpat, 1847), p. 11, 12, 19.
(2) Witte, *Die Rechtsverhältnisse der Ausländer in Russland*, p. 17.

veurs que le droit primitif prodiguait aux étrangers, malheureux par leur isolement (1). N'y aurait-il pas d'autres raisons qui expliquent une anomalie unique dans l'histoire? Les représailles jouent un grand rôle dans le droit qui régit les étrangers. Après que le droit d'aubaine eut été aboli par Frédéric II, le grand empereur d'Allemagne, les Allemands le rétablirent par représailles contre les peuples qui continuèrent à le pratiquer. Peut-être en fut-il de même en Russie. Puis la démocratie slave fit place au despotisme des czars : ne serait-ce pas là la véritable cause du changement qui s'opéra dans la condition des étrangers? L'impératrice Catherine II ordonna de décider toutes les contestations des étrangers d'après le droit russe (2) : ce décret ne témoigne pas d'un grand respect pour le droit de l'étranger. Et comment veut-on que le pouvoir absolu respecte le droit chez l'étranger, quand il le méconnaît chez ses sujets? Toutefois, la législation russe n'a pas déserté tout à fait la tradition slave; les étrangers sont, en général, admis à succéder en Russie, mais on leur applique la loi russe, ce qui se fait également dans les pays régis par le code Napoléon, au moins pour les successions immobilières. On reconnaît aussi aux étrangers la capacité de tester et de recevoir par testament (3)

29. Savigny dit que l'étranger est assimilé à l'indigène, en Allemagne, en ce qui concerne la jouissance des droits privés. Peut-être l'illustre jurisconsulte entend-il l'égalité à la façon du code Napoléon; il dit aussi que l'égalité des nationaux et des étrangers, quant à la jouissance des droits civils, est *évidemment* consacrée par le code français (4). C'est le contraire qui est évident, puisque l'article 11 subordonne le droit des étrangers à l'existence d'un traité de réciprocité. Savigny comprend-il par égalité celle que la réciprocité établit? Ce n'est pas là l'égalité véritable, car la réciprocité n'est pas un principe, c'est un calcul; or, le calcul intéressé vicie le droit, comme il vicie

(1) Wette, *Die Rechtsverhältnisse der Ausländer in Russland*, p. 23.
(2) Wette, *Die Rechtsverhältnisse der Ausländer in Russland*, p. 29.
(3) Wette, *Die Rechtsverhältnisse der Ausländer in Russland*, p. 56.
(4) Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, p. 132 et 133.

la morale. Les peuples sont tenus de respecter le droit de l'étranger, non pas parce qu'ils y ont intérêt, mais parce que la justice les y oblige.

30. C'est la réciprocité plutôt que l'égalité qui règne en Allemagne. Lawrence a recueilli les témoignages (1). Chose singulière! le droit d'aubaine, dans toute sa rigueur, règne encore dans deux villes libres, Lübeck et Hambourg, à moins, dit le statut, qu'il ne se trouve une disposition contraire dans les traités que ferait la Confédération germanique. La Confédération est morte, et le nouvel empire n'a point de code général; de sorte que les droits des étrangers dépendent de la législation des divers Etats allemands. En Prusse, les étrangers jouissent des droits privés, toutefois avec une restriction; ils sont soumis au droit de détraction, si, d'après la loi de leur pays, ce droit est exercé à l'égard des Prussiens. Ce sont des représailles, mais les représailles sont une autre forme de la réciprocité. Ainsi, dans la patrie même de Savigny, l'égalité n'est pas complète. Le principe des représailles est aussi consacré par la législation de la Bavière, pour tous les droits dont un Bavarois serait exclu dans un pays étranger. On peut dire que telle est, en réalité, la loi de l'Europe, car les représailles sont toujours admises par le droit des gens, malgré les protestations de la science (2).

31. Il en est de même dans les autres pays de l'Europe, au nord comme au midi, l'Italie exceptée. Le droit suédois est plus rigoureux que le code Napoléon; il exige une autorisation du roi pour que l'étranger puisse posséder des biens mobiliers ou immobiliers. Je transcris ce que je lis dans les Commentaires de Lawrence sur Wheaton; l'auteur cite une proclamation royale du 3 octobre 1829. Nous voilà loin de l'égalité : peut-être l'esprit étroit du protestantisme orthodoxe y est-il pour quelque chose. C'est seulement en cas de réciprocité que les étrangers peuvent succéder en Suède, et y devenir, par conséquent, propriétaires.

(1) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 83 et 84. Comparez Wharton, *Conflict of laws*, p. 118-120.
(2) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*.

En Espagne, les étrangers ne peuvent pas même, en principe, exercer le commerce, à moins qu'ils ne soient naturalisés, ce qui allait bien sans dire, ou qu'ils n'aient acquis un domicile, conformément aux lois du pays. Massé, à qui j'emprunte ce renseignement, ne dit pas quelles sont ces lois, et il faudrait le savoir pour apprécier la législation espagnole. Quant aux étrangers proprement dits, ils ne peuvent exercer le commerce qu'en se conformant aux règles établies par les traités. Dans le silence des traités, on suit le principe de réciprocité; l'Espagne donne ce qu'elle reçoit : « *Do ut des* ».

32. On voit combien il est difficile de connaître les lois étrangères, alors même que l'on a le texte sous les yeux. Est-ce le texte officiel? Nous ne connaissons jamais qu'imparfaitement la langue qui n'est pas la nôtre. Est-ce une traduction? Elle est faite d'ordinaire par des hommes qui ne savent pas le droit, de sorte qu'elle est inintelligible. Puis le texte ne suffit point pour saisir le sens et la portée d'une loi; il faut en comprendre l'esprit. Il est arrivé à Fœlix, un des auteurs les plus savants qui ont écrit sur le droit international privé, de se tromper sur le code hollandais (1). L'article 9 de ce code est ainsi conçu : « Le droit civil du royaume est le même pour les étrangers que pour les Néerlandais, tant que la loi n'a pas expressément établi le contraire. » Fœlix dit que cette disposition soumet l'étranger aux lois des Pays-Bas, en ce qui concerne leur état et leur capacité, de sorte que les étrangers ne pourraient pas invoquer leur statut personnel. Il suffit de comparer l'article 9 avec l'article 11 du code Napoléon pour se convaincre qu'il ne décide pas une question de statut; il règle le droit des étrangers dans le royaume. Le code français n'accorde la jouissance des droits civils aux étrangers que sous la condition de réciprocité, établie par des traités; le code hollandais rejette, en règle générale, le principe de réciprocité, en assimilant l'étranger à l'indigène. La rédaction pourrait et devrait

(1) Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, p. 72. Comparez la critique d'Asser, dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, publiée par Asser, Rolin-Jaequemyns et Westlake, t. I, p. 113.

être plus claire; mais le sens de la loi n'est pas douteux, quand on recourt aux travaux préparatoires. Voici ce que disait Nicolaï dans la séance des Etats généraux du 24 mars 1821 : « La disposition de l'article 9, c'est l'ancienne hospitalité batave mise en principe. Ouvrir un asile, non à ceux qui se sont rendus coupables de crimes, mais à ceux que l'intolérance politique poursuit sans raison; promettre justice, secours et protection à tous ceux qui nous apportent leurs capitaux et leur industrie, n'est-ce pas augmenter la prospérité de l'Etat, accroître la force de la nation et consolider l'indépendance du royaume? »

Toutefois le code hollandais ne consacre point l'égalité complète des étrangers et des nationaux : il admet des exceptions, et celle qu'il établit concerne précisément le droit civil le plus important, le droit héréditaire. C'était un oubli des traditions nationales de la Hollande et de la Belgique, comme je le dirai dans la suite de ces Etudes. La Belgique y est revenue par la loi du 27 avril 1865, et la Hollande par celle du 7 avril 1869. On peut donc dire que le code des Pays-Bas consacre maintenant le principe de l'égalité, sauf les exceptions que la loi pourrait établir. Ces exceptions finiront par disparaître. Le principe du code hollandais est aussi celui du code autrichien. La Belgique et les provinces rhénanes, où le code Napoléon a été maintenu, sont toujours sous le régime du principe de réciprocité; le nouveau code que l'on prépare en Belgique établira l'égalité complète, telle qu'elle est consacrée par le code italien.

33. La Suisse, de même que l'Union américaine, abandonne aux divers cantons le soin de régler leurs intérêts privés. Partout où règne l'esprit de localité, dominent aussi les préjugés traditionnels. Le nom de république n'est pas toujours synonyme de liberté. Il y a des cantons suisses où les étrangers ne peuvent pas acquérir la propriété d'un immeuble sans l'autorisation du gouvernement cantonal; quelques-uns exigent même l'intervention du Grand Conseil, comme si la possession d'un coin de terre était une affaire d'Etat. En effet, elle est devenue la cause d'une rupture diplomatique entre la France et le

canton de Bâle-campagne. Deux Français, dont l'un était juif de religion, avaient acheté un établissement dans ce canton, avec la permission du gouvernement. Le Grand Conseil annula l'acquisition. La patrie était en danger! Un juif, un déicide allait être propriétaire dans un canton chrétien! Toutes les représentations de l'ambassade française, pour obtenir la révocation de cet arrêté, restèrent infructueuses. Cependant le canton violait les traités qui le liaient avec la France. Mais pour un vrai croyant, l'honneur de Dieu va avant les engagements humains. Il fallut en venir à une rupture diplomatique. Une ordonnance de Louis-Philippe, du 12 septembre 1835, suspendit l'exécution de la convention signée à Berne le 30 mai 1827 et du traité signé à Zurich le 18 juillet 1828, entre la France et les cantons suisses. Le roi suspendit également les relations de chancellerie entre l'ambassade française en Suisse et le canton de Bâle-campagne. On lit dans les motifs de l'ordonnance : « Considérant qu'au mépris du droit des gens, et contrairement aux stipulations des traités qui règlent les rapports entre la France et les cantons suisses, le gouvernement du canton de Bâle-campagne a méconnu le libre exercice du droit d'établissement et de propriété entre MM. W. et M., en annulant par un arrêté du Grand Conseil, motivé sur ce que MM. W. sont israélites, un contrat d'acquisition, passé par eux légalement et d'après l'autorisation préalable qu'ils en avaient obtenue de ce même gouvernement (1) ».

Ces mauvaises petites passions seraient ridicules si elles n'étaient odieuses par l'intolérance qui les inspire. Et en présence de pareils faits, on ose parler d'un droit des gens chrétien! Le Grand Conseil du canton de Bâle-campagne avait agi d'après la doctrine du christianisme traditionnel : les juifs sont voués à un esclavage perpétuel, ils sont hors la loi; il n'y a point de droit des gens

(1) Ordonnance de Louis-Philippe du 12 septembre 1835 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Traités*, t. 42, p. 528).
(2) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, La Féodalité et l'Église, p. 416-432.

pour eux (2). Voilà le droit des gens chrétien, au milieu du dix-neuvième siècle S'il y a un droit pour les non-croyants, c'est grâce à la philosophie, qui a affranchi les consciences des préjugés de l'intolérance chrétienne.

§ III. *Le droit italien.*

31. Nous arrivons enfin à un code qui établit l'égalité entre les étrangers et les nationaux. Le code italien est un témoignage du progrès qui s'accomplit dans le domaine du droit, comme dans toutes les manifestations de la vie humaine; mais il atteste aussi avec quelle lenteur le progrès se réalise. Le dix-neuvieme siècle s'ouvre par un mouvement de recul; Napoléon déserte la glorieuse tradition de l'Assemblée Constituante; l'intérêt prend la place de la fraternité humaine; l'égalité sous condition de réciprocité n'est pas la véritable égalité, c'est un calcul. Alors même que la Restauration abolit la réciprocité pour le droit hereditaire, elle affiche en quelque sorte son dédain pour les idées généreuses de 1789; c'est toujours l'utilité qui l'inspire. Puis viennent des réformes timides : la Belgique abolit le droit d'aubaine et laisse subsister l'article 11 du code Napoléon : la Hollande met l'étranger et l'indigene sur la même ligne et elle maintient le principe de la réciprocité pour le droit le plus important, le droit d'hérédité. Enfin le code italien proclame l'égalité complète et accorde la jouissance des droits civils à tout homme en sa qualité d'homme. Il a fallu une révolution pour cela, une révolution faite au nom du principe de nationalité; heureuse de sa délivrance, l'Italie s'est montrée généreuse pour les autres nations. Il n'y a qu'un droit pour les hommes; en dépit de l'ironie de Pascal, il ne change point d'une rive a l'autre, ni d'une vallée à l'autre · les droits prives appartiennent à tous les hommes. Ce qui prouve que la révolution italienne a une part décisive dans ce dernier progrès, c'est que les légistes, et parmi eux des esprits élevés, ainsi que les législateurs, étaient restés fidèles à la doctrine traditionnelle dans la première moitie du dix-neuvième siecle. Il n'est pas sans intérêt de consta-

ter ce lent progrès; s'il est lent, il est sûr, malgré quelques écarts. C'est une grande force pour ceux qui prennent part au travail scientifique : qu'ils n'aient qu'un souci, celui de la vérité, car la vérité finit par l'emporter. Ce n'est pas l'intérêt qui gouverne le monde, c'est la pensée.

35. Le code du royaume des Deux-Siciles distingue entre les droits civils et les droits politiques; les nationaux jouissent des uns et des autres, tandis que les étrangers ne jouissent des droits civils que dans deux cas : d'abord sous la condition de réciprocité, ensuite s'ils établissent leur domicile dans le royaume avec l'autorisation du gouvernement. C'est le système du code Napoléon, sauf que la réciprocité ne doit pas être établie par traités. Le jurisconsulte napolitain Rocco nous dira quel est l'esprit de la législation qui sert de base à son ouvrage sur le droit international privé.

Le point de départ de Rocco est la distinction que la tradition fait entre les droits naturels et les droits civils. Il entend par droits naturels ceux qui sont indépendants de la loi positive; ils sont inhérents à la qualité d'homme, nous les acquérons en naissant; l'étranger ne peut en perdre la jouissance en passant d'un pays à un autre, car il reste ce qu'il était, et ce qu'il est partout, un homme, il doit donc jouir des droits que la nature donne à tout homme. Le motif est considérable, il conduit logiquement à accorder à l'étranger la jouissance de tous les droits privés.

Toutefois Rocco établit une différence entre les étrangers et les nationaux, en ce qui concerne la jouissance des droits naturels. Les citoyens n'en peuvent être privés qu'à titre de peine, donc en vertu d'un jugement : telle est la mort civile que le code napolitain maintenait, et qui, d'après l'horrible théorie du code Napoléon, rompait le mariage du mort civilement. Les étrangers, au contraire, ne jouissent des droits civils qu'aussi longtemps que le souverain leur permet d'habiter le territoire; il peut les expulser, il peut leur défendre de s'établir dans ses États, il peut même rompre toute relation avec les autres pays. Cest, dit Rocco, le droit incontestable atta-

ché à la souveraineté (1). Non, car si la souveraineté est absolue, il ne faut plus parler de droits, pas plus pour les nationaux que pour les étrangers. Est-ce un droit que celui que Rocco reconnaît aux étrangers, s'il est permis aux souverains d'en rendre l'exercice impossible? Et si tous les Etats étaient fermés par un mur chinois, que deviendrait le droit, que l'homme tient de la nature, de se mouvoir et de se déplacer?

36. Les droits civils, dit Rocco, sont l'œuvre de la société; comme tels ils sont dans les mains du législateur, qui peut même les retirer aux citoyens; ainsi il pourrait abolir la faculté de tester. Il le peut, sans doute, si l'on admet, avec les Anglais, que le parlement peut tout faire, sauf un homme d'une femme et une femme d'un homme. Rocco lui-même recule devant les conséquences de son principe. Si le législateur peut enlever aux citoyens le droit de tester, il peut leur ôter tous les droits civils. Ce serait dissoudre la société, dit Rocco. Cela ne prouverait-il pas que les droits civils sont, en réalité, des droits naturels?

A plus forte raison le souverain ne doit-il pas accorder la jouissance des droits civils aux étrangers. Il ne leur doit rien, puisque les droits civils ne sont établis que pour les citoyens. Il en était ainsi à Rome, et le souverain a partout le même pouvoir. S'il n'en use point, c'est pour des motifs politiques. Tous les Etats sont intéressés à favoriser le commerce, c'est-à-dire les relations internationales, et ils les facilitent en communiquant la jouissance des droits civils à leurs sujets respectifs (2).

Rocco partage les sentiments généreux de Montesquieu; il flétrit comme lui le *droit insensé* d'aubaine. Cependant ce droit barbare a sa source dans la distinction traditionnelle qui sert de base à la doctrine du jurisconsulte napolitain; disposer de ses biens à cause de mort, les recueillir par testament ou *ab intestat*, sont des *droits civils*, dont

(1) Rocco, *Dell' uso e autorita delle leggi del regno delle due Sicilie, considerate nelle relazione con le persone et col territorio degli stranieri* (1837), p. 71 73.

(2) Rocco, *Dell' uso et autorita delle leggi*, p. 73-75.

les étrangers ne jouissent point. Comment en obtiendront-ils la jouissance? Le code napolitain répond, comme le code français : A titre de réciprocité. Rocco est grand partisan du principe que le code Napoléon a consacré malgré l'opposition du Tribunat; il le trouve juste et humain; les étrangers auraient mauvaise grâce de nous demander ce qu'ils refusent de nous accorder, et ils ne peuvent se plaindre qu'on leur refuse la jouissance d'un droit qu'il dépend d'eux d'acquérir (1).

32. J'ai déja dit que la condition de réciprocité, loin d'être un principe de justice et de fraternité, n'est qu'un calcul intéressé. Le code italien la rejette, il accorde aux étrangers la pleine jouissance des droits civils, sans condition aucune : au point de vue des droits privés, les étrangers sont entièrement assimilés aux nationaux, c'est dire qu'il n'y a plus d'étrangers. La distinction des droits civils et des droits naturels disparaît; elle n'a point de raison d'être. Un jurisconsulte italien dit très bien que les droits privés ne changent point de nature parce qu'ils sont consacrés par la loi (2). Quel lien est plus naturel que le mariage? Il faut néanmoins une loi qui détermine les conditions requises pour la validité du mariage, et pour régler les effets qui y sont attachés. Est-ce à dire que le droit de mariage, de naturel qu'il était, va devenir civil? Le mariage reste ce qu'il était, une union que la nature a formée, et à laquelle le législateur donne sa sanction. On dira qu'il y a des droits qui sont l'œuvre exclusive du législateur; telle est l'adoption, on l'appelle une paternité fictive, et les fictions n'existent qu'en vertu de la loi. Je réponds que la question est mal posée. Il est certain que, sans la loi, il n'y aurait pas d'adoption. Est-ce à dire que le droit d'adopter ou d'être adopté ne puisse pas être accordé à l'étranger? Ce sont les motifs qu'il faut considérer pour déterminer la nature d'un droit et non l'intervention du législateur. Pourquoi la loi établit-elle une paternité fictive? Pour consoler celui à qui la nature a refusé des enfants ou celui qui a eu le malheur de les

(1) Rocco, *Dell' uso et autorità delle leggi*, p. 74 et suiv., 35, 63-65.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, *Preliminari*, V, 35, p. 54.

perdre. N'est-ce pas là une raison puisée dans les besoins de la nature humaine? Donc le droit d'adoption est un droit naturel. A l'égard de l'adopté, c'est un bienfait; est-ce que l'étranger serait légalement incapable de recevoir un témoignage d'affection?

Ce sont les Romains qui ont inventé la théorie des droits civils; il y avait, chez eux, tels droits privés de leur essence, et à ce titre naturels, mais qui à Rome avaient pris un caractere tout particulier, de sorte que les jurisconsultes ne comprenaient pas qu'un étranger pût en jouir. Telle était la puissance paternelle. Ici, il y a de nouveau un malentendu, et il est capital. Quand on dit que les étrangers doivent jouir de tous les droits privés, sans distinction entre les droits civils et les droits naturels, cela n'implique pas qu'ils en jouissent d'après les lois du pays où ils se trouvent. Mais qu'est-ce qui empêche qu'ils n'en jouissent d'après leurs propres lois, celles de leur patrie? Dans l'antiquité, il y avait un obstacle et il était insurmontable : elle ne reconnaissait pas à l'étranger la qualité et les droits de l'homme. Voilà pourquoi les jurisconsultes romains n'avaient aucune idée du droit international privé; et d'un autre côté, ils ne concevaient pas que l'étranger eût la jouissance de droits qui étaient particuliers aux citoyens de Rome. Chez les peuples modernes, cet obstacle n'existe plus. Partout on admet des lois dites personnelles, qui suivent la personne à l'étranger, et dont, par conséquent, l'homme a la jouissance dans tous les pays, pourvu qu'il y soit reconnu comme un être capable de droit; il aura donc partout la puissance paternelle, mais il l'aura d'après les lois de son pays.

38. On voit qu'il y a un lien intime entre les deux ordres d'idées : l'étranger jouit-il de tous les droits privés? d'après quelle loi en jouit-il? Les anciens ne reconnaissaient pas l'étranger comme une personne juridique : il était sans droit; partant, il ne pouvait invoquer le droit de sa patrie, et il était exclu du droit particulier de l'État où il se trouvait. Aujourd'hui, l'étranger est partout un être capable de droit, donc il doit avoir tous les droits privés, et il doit les exercer d'après les lois de sa patrie.

Savigny dit très bien qu'il ne suffit point d'admettre l'égalité de l'étranger et de l'indigène, en ce sens que l'un et l'autre jouissent des mêmes droits; l'égalité serait incomplète si l'étranger était soumis à des lois qui ne sont pas les siennes, et que le plus souvent il ne connaît point. Pour que l'égalité soit réelle, il faut que le juge décide la question qui lui est soumise, d'après la nature du fait juridique, et en appliquant, à titre égal, la loi nationale ou la loi étrangère, selon que l'espèce du litige le demande (1).

C'est ce lien intime entre le droit de l'étranger et la personnalité du droit qui fait l'importance de la doctrine concernant les droits civils et les droits naturels. La distinction est fausse, elle doit tomber. On aboutira ainsi à ce principe que l'étranger jouit des mêmes droits que l'indigène. Et l'égalité des étrangers et des nationaux conduira logiquement à reconnaître la loi personnelle de l'étranger. C'est ce qu'a fait le code italien. Il assimile l'étranger à l'indigène pour la jouissance des droits privés ; et il permet à l'étranger d'invoquer sa loi nationale devant les tribunaux italiens, dans tous les débats qui, d'après leur nature, dépendent de la loi étrangère.

La consécration de ces principes, étroitement unis, fait la grandeur et la gloire du code italien. Pisanelli, qui a fait inscrire dans le code l'égalité de l'étranger et de l'indigène, disait que la loi italienne ferait le tour du monde. La vérité est semblable au soleil, elle est destinée à illuminer la terre entière. C'était à l'Italie, la terre du droit, de prendre cette glorieuse initiative. En conquérant son indépendance, basée sur sa nationalité, elle a donné à l'humanité un nouveau rayon de la vérité éternelle. Quand il aura fait le tour du globe, un immense progrès sera réalisé : il n'y aura plus d'étrangers sur la terre, tous les hommes seront traités partout comme des frères, et chacun pourra invoquer sa loi nationale, comme garantie de ses droits et comme expression de sa personnalité. A son berceau, l'humanité excluait l'étranger de

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 26 et suivantes.

tout droit; arrivée au terme de son perfectionnement, elle formera une grande famille, au sein de laquelle régneront la fraternité et l'égalité (1). Si l'Italie a écrit la première cette loi sainte dans son code, n'oublions pas que c'est la philosophie qui a proclamé le dogme nouveau, et qu'à sa voix l'Assemblée Constituante l'a proclamée. Il est bon que la vérité n'apparaisse point comme le privilege d'une race ou d'une nation ; tous les peuples sont appelés à en jouir, et tous ont leur part dans le travail du perfectionnement général. L'antiquité même n'est pas exclue, car c'est à elle que remonte la philosophie, ce don de la libre pensée que la Grèce a légué à Rome, et que Rome a communiqué au monde.

CHAPITRE II.

LOIS PERSONNELLES ET LOIS RÉELLES.

SECTION I. Lois concernant l'état et la capacité.

ARTICLE PREMIER. — LE DROIT FRANÇAIS.

§ 1er. — *Principe du code Napoléon.*

N°. 1. LE DROIT TRADITIONNEL.

80. L'article 3 du code Napoléon établit trois principes sur les effets des lois qui sont relatives aux personnes et aux biens :

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant à l'étranger. » C'est ce qu'on appelait, dans l'ancien droit, des *statuts personnels*. Le mot *statut* était synonyme de coutume ou de loi.

« Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » On qualifiait jadis ces lois de *statuts réels*.

(1) Pisanelli, *Dei progressi del diritto civile in Italia, nel secolo XIX*, p. 52 et suivantes.

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » On peut également donner le nom de statuts réels à ces lois, puisqu'elles obligent les étrangers aussi bien que les nationaux

J'ai dit, dans l'Introduction historique de ces Études, quelle est l'origine de la distinction des statuts. La distinction est capitale pour déterminer les effets des lois. Les lois personnelles suivent la personne partout, elles la régissent à l'étranger aussi bien que dans son pays; tandis que les lois réelles ne tiennent aucun compte de la nationalité; toutes personnes, sans distinction d'origine, y sont soumises. S'agit-il d'un statut personnel, le juge décide le débat d'après la loi personnelle des parties, donc, s'il y a lieu, d'après la loi étrangère. Si le statut est réel, le juge applique la loi territoriale, même aux étrangers.

40. L'article 3 consacre la distinction traditionnelle, quoique le code Napoléon ne prononce pas le mot de statuts. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point. Portalis dit, dans l'Exposé des motifs du titre préliminaire : « On a *toujours* distingué les *lois qui sont relatives à l'état et à la capacité des personnes* d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les *premières* sont appelées *personnelles*, et les *secondes*, *réelles*(1). » Faure, l'orateur du Tribunat, s'exprime dans le même sens : « L'article 3 contient les *principales bases* d'une *matière connue dans le droit* sous le titre de *statuts personnels* et de *statuts réels*. Il détermine d'une manière précise et formelle quelles sont les *personnes* et quels sont les *biens* que régit la loi française. On a *toujours* compté en France autant de *statuts réels* qu'il y avait de *coutumes* et d'usages locaux; désormais, il n'y en aura plus *qu'un seul*, puisque nous aurons un code uniforme pour toute la France (2). » Si le code Napoléon ne reproduit pas le nom de *statuts*, c'est sans doute parce que ce mot rappelait des coutumes *locales*, comme le dit Faure; on ne pouvait guère donner cette qualification à la loi générale et unique qui allait régir la France. Le nom

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 12 (Locré, t. I, p. 304).
(2) Discours de Faure, n° 8 (Locré, t. I, p. 317).

importe peu, du reste ; ce qu'il y a d'essentiel, c'est que les auteurs du code civil ont entendu formuler des principes qui avaient *toujours* été suivis dans l'ancien droit. *Toujours*, disent les orateurs du gouvernement et du Tribunat. En effet, la tradition remonte jusqu'aux glossateurs, et elle s'introduisit en France à la suite de la renaissance du droit romain dans les cités italiennes. Il ne s'agit pas seulement de deux ou de trois règles que le législateur emprunte au droit traditionnel ; c'est la *matière* des statuts, donc, toute la théorie des statutaires. Le code a fait pour les statuts ce qu'il fait d'habitude ; il se contente de formuler quelques principes, en laissant à la doctrine et à la jurisprudence le soin de les compléter par la tradition. C'est ainsi que, pour la matière difficile et étendue de l'action paulienne, il n'y a qu'un article de deux lignes (art. 1167) ; Domat l'avait exposée dans ses détails, d'après le droit romain ; le législateur a trouvé inutile de les reproduire ; mais en consacrant le principe, il reproduisait implicitement tous les développements que les anciens jurisconsultes lui avaient donnés. La conséquence est importante ; c'est que l'article 3 maintient la doctrine traditionnelle des statuts.

La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Merlin a suivi pas à pas les auteurs qui, au dix-huitième siècle, avaient traité la matière difficile des statuts, Froland, Boullenois, Bouhier (1). Pothier s'était borné à enseigner les règles généralement admises, sans en faire l'objet d'un traité, et Domat, chose singulière, ne parle pas des statuts, sans doute parce qu'il n'en trouvait aucune trace dans les textes romains qui servent de base à son ouvrage sur les lois civiles. Nos guides, en cette matière, restent donc les statutaires, auxquels j'ai donné une grande place dans mon étude historique. Malheureusement, en reproduisant la tradition, les auteurs du code ont aussi reproduit ses incertitudes. Rien de plus simple, en apparence, que la distinction des statuts personnels et réels, tels qu'ils sont définis par l'article 3 ; mais les difficultés qui se pré-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. I, § v, art. 1er, et au mot *Majorité*, § v.

sentent dans l'application sont extrêmes. Quand le statut est-il personnel? Quand est-il réel? On disputait encore sur cette question au dix-huitième siècle; et elle ne reçut point de solution définitive. Toujours est-il que, pour décider les contestations, il faut recourir à la doctrine traditionnelle, qu'elle soit fondée en raison ou non, peu importe ; cela regarde le législateur ; or, le législateur a prononcé, il s'en est rapporté à ce que disaient les jurisconsultes du siècle dernier ; et où aurait-il cherché d'autres principes ? Dans le droit international privé ? Le nom n'existait pas encore; en France, on ne connaissait que les statutaires français et belges, et parmi ceux-ci, on comprenait les légistes hollandais. Voilà nos maîtres, nous sommes obligés de les suivre. C'est ce qu'a fait la cour de cassation. Un arrêt du 27 février 1817 (1) reproduit textuellement la définition des statuts que d'Aguesseau avait proposée. Je ferai de même, sauf à ajouter la critique à la doctrine traditionnelle, et en complétant ces Etudes par l'exposé des doctrines étrangères, auxquelles on donne un nom trop ambitieux en les qualifiant de droit civil international ; à vrai dire, notre science n'existe pas encore ; elle est en état de formation.

41. Le principe de la personnalité des statuts concernant l'état et la capacité des personnes était universellement admis dans l'ancien droit. J'ai dit, dans l'Introduction historique de ces Études, qu'il y avait de grandes divergences d'opinions entre les statutaires sur la portée et les conséquences des statuts personnels ; les uns restaient attachés à la vieille maxime, que toutes coutumes sont réelles ; les autres donnaient plus à la personnalité. Mais ceux-là mêmes que l'on peut appeler les réalistes, admettaient que les statuts d'état et de capacité suivaient la personne hors des limites de la coutume : d'Argentré était d'accord sur ce point avec Bouhier. Si, dit-il, un bourgeois de Paris veut contracter en Bretagne, il faudra qu'il ait vingt-cinq ans, âge où l'on est majeur d'après la coutume de Paris, encore que la majorité fût alors acquise

(1) Rejet, sections réunies (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3903).

en Bretagne à vingt ans. Dans les pays coutumiers, il n'était pas permis à la femme de disposer de ses biens sans l'autorisation de son mari, tandis que dans les provinces où l'on suivait le droit romain, on n'exigait pas cette autorisation ; tout le monde était d'accord que la femme coutumière ne pouvait aliéner, sans autorisation maritale, les biens qu'elle possédait dans les pays de droit écrit. De même, les interdits étaient partout frappés d'incapacité, ainsi que les prodigues à qui l'on avait nommé un tuteur (1).

Le code Napoléon (art. 3) consacre le principe des statuts personnels ; il dispose que les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. On appelle ces lois *personnelles*, parce qu'elles sont attachées à la personne ; le Français ne peut s'y soustraire en quittant sa patrie ; s'il est mineur d'après le code, il restera mineur à l'étranger et, partant, incapable ; s'il est majeur de vingt et un ans, il sera capable, quand même, dans le pays où il contracterait, la majorité serait fixée à vingt-cinq ans. Quel est le motif de la personnalité des lois qui règlent l'état des personnes et leur capacité ? Il importe de le préciser, parce que le sens et l'étendue du principe en dépendent.

42. Ecoutons d'abord les anciens statutaires. Ils étaient très gênés par la maxime que toute coutume est réelle. Comment concilier la personnalité avec la réalité ? J'ai déjà rapporté les paroles de Rodenburg, que tout le monde cite. L'état de l'homme et sa capacité sont choses indivisibles : « Conçoit-on que la même personne soit majeure ici et capable, et ailleurs mineure et incapable ? ici saine d'esprit et jouissant de tous ses droits, et ailleurs aliénée et frappée d'incapacité ? ici prodigue, et là bon père de famille ? Et comment la femme qui, en se mariant, se soumet à l'autorité de son mari, de manière qu'elle ne pourra faire aucun acte sans son consentement, pourrait-elle se soustraire à la puissance maritale, en allant

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 159 et 160.

contracter dans un pays où cette puissance n'existe point (1) ? »

Ces considérations sont faibles si l'on admet comme règle absolue que les lois sont réelles. Aussi, là où règne la doctrine traditionnelle, en Angleterre et aux Etats-Unis, maintient-on l'empire exclusif de la loi du pays où les parties contractent. Qu'importe que la loi personnelle déclare une personne incapable ? Cette loi n'a d'effet que dans les limites de son territoire. Bouhier, un de nos meilleurs jurisconsultes, donne un autre motif, qui est puisé dans les entrailles de la matière. « Il est *naturel*, dit-il, de s'en rapporter aux rédacteurs de chaque statut, pour fixer l'âge de la majorité suivant la connaissance qu'ils avaient de *l'esprit plus ou moins avancé de leurs compatriotes.* » Si cela est *naturel*, il faut dire que la personnalité est fondée sur l'essence même des lois qui règnent l'état et la capacité des personnes ; elle doit donc l'emporter sur la maxime de la réalité des coutumes, qui ne signifie autre chose, sinon que la coutume est souveraine, mais la souveraineté n'a rien de commun avec l'état des personnes. Il fallait donc nier la maxime traditionnelle de la réalité des coutumes, au moins en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes. Bouhier n'osait pas aller aussi loin : il fait appel à la *courtoisie internationale*, qui joue un si grand rôle dans notre science. Cela implique qu'en droit strict les peuples étrangers ne seraient pas tenus de respecter les lois personnelles, qu'ils le font par *déférence* les uns pour les autres, ce qui, en définitive, fait l'avantage commun de tout le monde (2). La courtoisie est un fondement peu solide pour y appuyer notre science ; d'abord, l'utilité n'est pas un principe ; puis, elle ne crée aucun lien de droit, donc aucune obligation.

43. Les auteurs du Code Napoléon sont encore plus faibles que les statutaires. On peut leur reprocher de n'avoir pas formulé clairement le principe des statuts

(1) Comparez le t. Ier de ces Etudes, p. 449, suiv. Le passage est rapporté par Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, p. 61.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, t. I, p. 663, n° 66.

personnels, comme je le dirai plus loin ; ils ne parlent que de l'état et de la capacité des Français, sans rien dire du statut personnel de l'étranger. Portalis est le seul des divers orateurs chargés d'exposer les motifs du titre préliminaire, qui ait cherché le fondement rationnel du principe de la personnalité ; il n'en donne qu'une raison. « Un Français, dit-il, ne peut faire fraude aux lois de son pays pour aller contracter mariage en pays étranger, sans le consentement de ses père et mère, avant l'âge de vingt-cinq ans. Nous citons cet exemple entre mille autres pareils, pour donner une idée de l'étendue et de la force des lois personnelles. » Le motif est d'une faiblesse extrême, car la fraude est toujours une rare exception. Portalis ajoute que les peuples ont aujourd'hui plus de rapports entre eux qu'ils n'en avaient autrefois (1) ; ces nombreuses relations font naître tous les jours des questions de droit international privé, ou il y a conflit de lois, sans qu'il y ait aucune fraude. C'est la règle qu'il fallait motiver et non l'exception.

Il y a une raison plus profonde de la personnalité des lois qui règlent l'état et la capacité. Dans le système du code Napoléon, la loi personnelle est déterminée par la nationalité : c'est à titre de Français que ceux qui appartiennent à la nation française sont régis par la loi française dans tout ce qui regarde l'état de la personne. La personnalité tient donc à la nationalité, c'est une question de race. Ce sont les mille éléments physiques, intellectuels, moraux, politiques, constitutifs de la nationalité, qui déterminent aussi l'état des personnes et leur capacité ou leur incapacité. Pourquoi, dans les pays du Midi, le mariage est-il permis à douze ans, tandis que l'époque à laquelle on peut se marier est reculée à mesure que l'on approche du Nord ? Question de climat ; or, le climat joue un grand rôle dans la formation des nationalités et dans les caractères qui les distinguent. Il en est de même de l'âge fixé pour la majorité, sauf qu'ici les mœurs politiques exercent autant d'influence que les causes physiques.

(1) Portalis, 2e Exposé des motifs, 4 ventôse an XI no 13. (Locré, t. I, p. 304.)

Dans l'Introduction historique, j'ai cité un fait curieux emprunté à l'ancienne jurisprudence : les habitants d'une province étaient sans cesse en guerre avec leurs voisins ; à peine sortis de l'enfance, ils se mêlaient à ces querelles sanglantes ; il en résultait qu'ils mûrissaient plus tôt, comme les plantes exposées au feu du soleil ; ils étaient majeurs et capables à un âge où les habitants d'un pays paisible commençaient seulement à développer leurs facultés (1). Puisque les lois personnelles sont l'expression de la personnalité, il est naturel qu'elles suivent le Français à l'étranger ; elles font partie de son individualité, elles sont entrées dans son sang : comment pourrait-il s'en affranchir ? La cour de Bruxelles a jugé que l'on ne peut pas renoncer à son statut personnel (2). Si l'on n'y peut renoncer, de quel droit en serait-on dépouillé à l'étranger ? Cela ne se peut qu'en changeant de nationalité ; il s'opère alors un changement de statut : encore est-il plus fictif que réel. La nationalité est indestructible, sauf chez les nouvelles générations qui subissent dès l'enfance les influences nationales du pays où elles naissent et où elles sont élevées.

41. Le code Napoléon dit que les lois personnelles régissent le Français même résidant en pays étranger. Cela veut-il dire que le législateur français ait le droit de commander et de défendre aux magistrats étrangers ? Un légiste américain semble le croire ; il compare la disposition de l'article 3 aux prohibitions du système continental que la volonté impérieuse de Napoléon imposa à tous les États du continent (3). Non, le premier consul n'était pas encore l'empereur, et je doute que, même dans l'enivrement de sa puissance, alors qu'il touchait à la folie, le César français ait songé à ordonner aux juges étrangers d'appliquer le code civil aux Français. L'article 3 reçoit encore une autre interprétation, aussi naturelle que légitime. Un Français se marie en Angleterre, à l'âge de vingt et un ans, sans le consentement de ses père et mère ; les lois

(1) Voyez le tome Ier de ces Études, p. 417, n° 290.
(2) Bruxelles, 29 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 57).
(3) Wharton, *A treatise on the conflict of laws*, p. 86, § 93.

anglaises le permettent, les lois françaises le défendent. Quel sera l'effet de ce mariage? Il sera nul d'après la loi française et, partant, il n'aura aucune valeur en France; c'est ce que dit l'article 3 du code civil. Sera-t-il aussi nul en Angleterre? L'article 3 ne s'occupe point de cette question, et il ne pouvait pas la décider : c'est une question de droit international privé, qui doit être réglée ou par les lois de chaque pays, ou par des traités. L'Angleterre n'admet point le statut personnel étranger; ailleurs, on l'admet. En Angleterre, le mariage qui y est contracté serait déclaré valable, dès qu'il est conforme aux lois anglaises.

La vraie doctrine est celle qui règne sur le continent. Si l'on admet les motifs que je viens de donner pour justifier la personnalité du statut qui règle l'état et la capacité, on doit reconnaître par cela même que le principe n'est pas plus français qu'allemand ou anglais. Il est universel de sa nature. Telle est aussi la doctrine des auteurs, et la législation est d'accord avec la théorie, sauf le droit anglo-américain, qui est resté attaché à la vieille maxime que toute coutume est réelle. Sans doute, les lois sont réelles ou souveraines, en ce sens qu'aucune loi, fût-elle personnelle, n'a de force coactive hors du territoire sur lequel s'étend la souveraineté du législateur. Pourquoi donc les auteurs enseignent-ils qu'il y a des lois qui suivent la personne partout? Jadis, ils invoquaient la courtoisie internationale pour échapper à la réalité, c'est-à-dire à la souveraineté des coutumes. La courtoisie n'est, au fond, que l'intérêt, et notre science se fonde sur le droit, et non sur l'utilité. S'il y a des statuts personnels, il faut qu'ils soient fondés sur l'idée du droit et qu'ils ne soient pas en opposition avec la souveraineté. Or, le statut personnel et la souveraineté se concilient parfaitement. La souveraineté est l'expression de la division du genre humain en nations indépendantes; elle n'empêche pas que les hommes soient liés par le lien de l'humanité, à quelque nation qu'ils appartiennent : leur individualité, leur personnalité est partout reconnue; partant, ils peuvent aussi conserver leur loi personnelle, qui est la manifestation de leur per-

sonnalité. Cela ne porte aucune atteinte à la souveraineté de chaque État; car la souveraineté, en général, n'a rien de commun avec la loi personnelle de l'étranger, et si elle était compromise par la loi étrangère, celle-ci, par cela même, ne pourrait plus être appliquée; car la souveraineté se confond avec l'existence des nations; or, les nations sont de Dieu, et leur existence est un fait nécessaire, providentiel, qui domine, par conséquent, le droit des individus. Voilà la conciliation du statut personnel, c'est-à-dire du droit individuel, avec la souveraineté : le droit de l'individu est respecté et la souveraineté est sauve.

N° 2. DU STATUT PERSONNEL DE L'ÉTRANGER EN FRANCE.

45. Le code Napoléon ne dit rien du statut personnel de l'étranger. Doit-on appliquer à l'étranger ce que l'article 3 dit du Français? c'est-à-dire son état et sa capacité, en France, sont-ils réglés par sa loi nationale? Comme le code civil suit, en cette matière, la tradition, il faut, avant tout, consulter le droit ancien. On sait que la distinction des statuts personnels et réels est née de la diversité infinie des coutumes. Beaumanoir dit, dans le *Prologue* des usages du Beauvoisis : « Les coutumes sont si diverses, que l'on ne pourrait pas trouver, au royaume de France, deux châtellenies qui, de tout cas, usassent d'une même coutume. » Qu'étaient-ce que ces *châtellenies*, et pourquoi le droit variait-il de l'une à l'autre? C'étaient des souverainetés locales, des États féodaux; chaque baron, dit encore Beaumanoir, était roi dans sa baronnie. Ces petits États avaient très peu de rapports entre eux; on se traitait d'étranger d'une vassalité à l'autre. De là la diversité des coutumes, et de là aussi leur *réalité*. D'après un adage universellement reçu, les *coutumes* étaient *réelles*; on entendait par là que chaque coutume était souveraine dans les limites de son territoire, et y excluait l'empire de toute autre coutume. Personnes et choses étaient soumises à la loi locale. Là où l'esprit de la féodalité s'est maintenu, dans la *common law* anglo-américaine, il en est encore ainsi aujourd'hui. L'élément de la personnalité se

fit jour d'abord dans l'école des glossateurs, et de là, la théorie des lois personnelles se répandit dans tous les pays du continent. Certains statuts, ceux qui règlent l'état et la capacité, n'étaient pas renfermés dans les limites d'une cité, d'une baronnie, d'un Etat; ils suivaient la personne partout où elle se trouvait. Le principe de la personnalité était donc général; il recevait son application non seulement dans l'intérieur de chaque Etat, entre les diverses coutumes, mais aussi d'un Etat à l'autre. Ainsi les glossateurs examinent la question de savoir si tel statut anglais est personnel ou réel, c'est-à-dire si les Anglais étaient régis en Italie par leur statut national; donc, la personnalité des statuts s'appliquait entre les divers Etats. Il n'y avait aucune raison de limiter le principe au conflit des coutumes dans un seul Etat, tel que la France; car le territoire de chaque coutume était considéré comme un Etat distinct; tant que la féodalité politique régna, chaque baronnie formait réellement un Etat à part; quand la royauté se subordonna les souverainetés locales, il resta dans ces petits Etats, comme dernier débris et comme souvenir de leur ancienne indépendance, des coutumes distinctes; c'est la raison pour laquelle les populations y étaient si attachées, et cela explique la longue domination de la maxime féodale que les coutumes sont réelles, c'est-à-dire souveraines. Les lois personnelles étaient une exception à la réalité, mais l'exception était générale, comme la règle; elle s'appliquait entre Etats aussi bien que dans l'intérieur de chaque Etat. Les statutaires ne distinguent point entre le statut personnel du Français et le statut personnel de l'étranger; ils posent les principes en termes absolus. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire la célèbre définition que d'Aguesseau donne du statut personnel (1) : « Si l'attention de la loi s'est portée vers la personne, pour décider en général de son habilité ou capacité générale et absolue, comme lorsqu'il s'agit de mineurs ou de majeurs, de père ou de fils légitime ou illégitime, d'habile ou inhabile à contracter pour des

(1) D'Aguesseau, 54e plaidoyer (Œuvres, t. IV, édit. in-4°, p. 639 et 660)

causes personnelles, dans ce cas, le statut est personnel. » La définition ne parle pas des nationaux et des étrangers, parce que, de sa nature, le statut ne comporte pas cette distinction; on n'avait pas même égard, dans l'ancien droit, à la nationalité pour déterminer quel était le statut personnel qu'il fallait appliquer : on ne considérait que le domicile.

46. Telle était la tradition. Au premier abord, on ne comprend point pourquoi les auteurs du code ont scindé un principe qui, de sa nature, est universel. L'article 3 dit que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. Pourquoi n'ajoute-t-il pas que les étrangers, en France, sont aussi régis par leur statut personnel? Cela est pour le moins singulier : le législateur décide par quelle loi le Français sera régi à l'étranger, ce qu'il ne lui appartenait pas de faire d'une manière absolue; tandis qu'il garde le silence sur la loi qui régira l'étranger en France, ce qu'il avait le droit de faire, et ce qu'il aurait dû faire, ne fût-ce que pour se concilier la faveur des nations étrangères, en leur donnant l'exemple de cette courtoisie internationale sur laquelle nos anciens auteurs fondent la théorie des statuts personnels. Les travaux préparatoires du code nous apprennent comment on est arrivé à la rédaction actuelle de l'article 3, mais ils ne dissipent pas tout doute sur la portée de cette disposition.

Le livre préliminaire, rédigé par la commission, semblait rejeter le statut personnel de l'étranger résidant en France; il portait : « La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et *pour sa personne pendant sa résidence*. » Venait ensuite une disposition qui établissait le statut personnel pour le Français résidant en pays étranger. Dire, en termes absolus, que l'*étranger* est *soumis* à la *loi française* pour sa *personne* et ne parler ensuite du *statut personnel* que pour le *Français*, n'était-ce pas dire que l'étranger était régi par le code, en ce qui concernait son état et sa capacité? Ce qui revenait à lui refuser le statut personnel. Les singularités abondent en cette

matière. Au conseil d'Etat, Tronchet, président de la commission, critiqua la rédaction, à laquelle il avait pris part ; il dit que « l'étranger n'est pas soumis aux lois civiles qui règlent l'état des personnes » ; pour lever le doute, il proposa de retrancher le mot *indistinctement*. Cette proposition fut adoptée (1). Le conseil d'Etat décida donc implicitement, avec Tronchet, que l'étranger était régi par sa loi nationale, en ce qui concerne son état et sa capacité. Mais le code ne le dit point. Et à s'en tenir au discours de l'orateur du gouvernement, on pourrait croire que dans l'intention des auteurs de la loi, l'étranger ne pouvait pas invoquer son statut personnel. « La loi, dit Portalis, oblige tous ceux qui vivent sous son empire. Habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté (2). » En prenant ces paroles à la lettre, on peut croire que le code reproduit le principe féodal que *toute coutume est réelle*, ce qui est la négation du statut personnel. Je doute que telle ait été la pensée de Portalis. Le Tribunat proposa de retrancher la disposition du projet qui avait soulevé l'objection de Tronchet. Cela témoigne clairement que, dans l'intention du Tribunat, l'étranger n'était pas soumis à la loi française en ce qui concerne son état et sa capacité ; donc, il conservait son statut personnel. Le conseil d'Etat admit la rédaction proposée par le Tribunat, laquelle est devenue l'article 3 du code civil ; c'était adopter le principe soutenu par Tronchet. Mieux eût valu l'écrire dans le code. Car, malgré le vote du conseil, Portalis reproduisit, dans le second Exposé des motifs, les propositions, en apparence féodales, qu'il avait avancées dans le premier : « Le *pouvoir souverain* ne peut être *limité*, ni quant aux choses, ni quant aux *personnes*. Il n'est *rien*, s'il n'est *tout*. La qualité d'*étranger* ne saurait être une exception légitime pour celui qui s'en prévaut *contre la puissance publique* qui régit le pays dans lequel il réside (3). » Cela est vrai ou faux, selon

(1) Séance du Conseil d'Etat du 14 thermidor an IX, n° 10 (Locré, t. I, p. 228).
(2) Portalis, Discours préliminaire, n° 26 (Locré, t. I, p. 161).
(3) Portalis, 2e Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. I, p. 304).

qu'on l'entend. Voici, je crois, le sens de toutes ces énigmes.

Portalis n'est pas un jurisconsulte, c'est un théoricien avec des allures philosophiques. Je doute fort qu'il eût approfondi et qu'il connût même la doctrine si difficile des statuts. Voilà pourquoi il se borna à dire que le code la maintient. Ce qui le préoccupe, c'est la notion de la souveraineté. A quel propos en parle-t-il? Dans son premier Exposé des motifs, cela peut paraître douteux, à raison de la disposition du projet qui soumettait l'étranger à la loi française pour sa personne et pour ses biens. Mais cette disposition ne se trouvait plus dans le projet définitif, elle était remplacée par la première partie de l'article 3, ainsi conçue : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » A ces lois s'applique le principe de la souveraineté; il s'applique encore, dans la doctrine traditionnelle des statuts, aux lois qui régissent les immeubles; c'est à cette occasion que Portalis développa sa théorie de la souveraineté, sur laquelle je reviendrai. Mais l'orateur du gouvernement ne pouvait songer à exposer les motifs du statut personnel de l'étranger, puisque le code n'en parle point, et il ne songeait pas à le nier, puisque le conseil d'Etat l'avait implicitement admis, ainsi que le Tribunat, en corrigeant la rédaction primitive, sur la proposition de Tronchet.

19. J'arrive à la conclusion de ce débat, qui est devenu long, parce que les travaux préparatoires paraissent obscurs : le code consacre le statut personnel des Français en termes formels, et il admet implicitement le statut personnel des étrangers. C'est l'opinion de Merlin, et il l'énonce sans hésitation aucune, comme une vérité évidente : l'étranger a son statut personnel, comme le Français a le sien. On doit admettre, dit-il, pour l'étranger, le même principe que pour le Français, à titre de réciprocité [1]. Mieux eût valu dire : par raison d'analogie, et là où il y a même motif de décider, il doit y avoir même décision. Or, il y a plus qu'analogie, il y a identité abso-

[1] Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° 6 (t. 18, p. 434, de l'édition in-8° de Bruxelles).

lue entre la situation de l'étranger en France et la situation du Français en pays étranger. L'opinion de Merlin est suivie par tous les auteurs (1), sauf le dissentiment de ceux qui, tout en admettant le principe, y apportent une restriction dans l'intérêt français; je reviendrai sur cette doctrine qui, à mon avis, est extralégale et contradictoire dans les termes.

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine, au moins en ce qui concerne le principe. On ne discute même plus la question devant les tribunaux; les arrêtistes en font la remarque (2), et elle n'est pas sans importance en matière de droit international. Notre science, en attendant que les principes en soient consacrés par les traités, n'a d'autre appui que la doctrine des légistes; quand ceux-ci sont divisés, le fondement même de l'édifice s'écroule. La question s'est présentée récemment devant la cour de Pau (3); on lit dans l'arrêt, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Lespinasse, « qu'il est *constant* que l'état d'*une personne* est régi par la loi de sa nation; que, par conséquent, les tribunaux français doivent, le cas échéant, juger d'après les *lois étrangères* les questions relatives à l'état de l'*étranger*. » C'est la reproduction de la théorie traditionnelle, telle que je viens de la rappeler. Cependant, il serait téméraire d'affirmer qu'il y a unanimité dans la jurisprudence. Les juges sont facilement entraînés par les circonstances de la cause sur laquelle ils sont appelés à statuer, et ils décident comme l'exige l'opinion qu'ils adoptent. Ainsi s'explique l'interprétation contradictoire que donnent de l'article 3 deux arrêts de la cour de cassation de Belgique. On lit, dans les considérants de la première décision, que l'article 3 « s'étend *nécessairement* et *par réciprocité* aux étrangers qui se trouvent en Belgique (4) ». Ce sont les termes de Merlin;

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 66, n° 32, et les auteurs qu'il cite. Son éditeur aurait pu en ajouter bien d'autres; il aura cru sans doute que la chose est inutile. C'est cependant la manière de l'auteur que M. Demangeat commente.

(2) *Pasicrisie*, 1849, 2, 174.

(3) Pau, 17 janvier 1872, Chambres réunies (Dalloz, 1875, 2, 193).

(4) Arrêt de cassation du 22 juillet 1847, sur les conclusions contraires du procureur général Leclercq (*Pasicrisie*, 1847, 1, 302).

ils impliquent une vérité évidente. Mais la cour ayant changé de système et décidé en 1849 le contraire de ce qu'elle avait jugé en 1847, son opinion sur le sens de l'article 3 varia également ; le dernier arrêt décide à peu près le contraire de ce qu'avait décidé le premier. « L'article 3, dit la cour, se borne à statuer que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français (Belges), même résidant en pays étranger; cette disposition, ni aucune autre de notre droit civil, ne prescrit aux tribunaux de déterminer l'état et la capacité des étrangers d'après les lois de leur pays. Si l'on admet, en Belgique et ailleurs, que l'état et la capacité des étrangers sont régis par les lois de leur pays, *ce n'est que par application du droit des gens*, fondé sur l'*usage universel* des *peuples*, et seulement avec les restrictions que ce droit y apporte (1). » Il y a bien des observations à faire sur ce considérant. Si le statut personnel n'est applicable, en Belgique et en France, qu'en vertu de l'*usage universel des peuples*, il faut dire qu'il n'y a aucune autorité; car, loin que l'*usage* soit *universel*, nos premiers voisins le nient, et les Américains suivent en cela la loi anglaise. La cour demande où est la disposition qui prescrit à nos tribunaux d'appliquer à l'étranger sa loi personnelle. Elle se trouve dans l'article 3, qui reproduit la doctrine traditionnelle des statuts; c'est donc la *tradition* que la cour aurait dû consulter au lieu du prétendu droit des gens. La cour devait encore tenir compte des travaux préparatoires qui ont décidé la question dans le sens de la tradition française et belge ; et l'arrêt n'en dit pas un mot. S'il est vrai que le code Napoléon n'admet pas le statut personnel, de quel droit la cour l'admettrait-elle sur la foi du droit des gens? Est-ce que le droit des gens peut déroger à nos lois? Oui, s'il s'agissait d'un traité consenti par la Belgique ou la France; mais en l'absence d'un traité, sur quoi se fonde ce droit des gens international qui consacre le statut personnel? Sur l'opinion des auteurs et sur la jurisprudence? Est-ce que, par hasard, les interprètes ont le

(1) Arrêt de rejet du 8 février 1849, sur les conclusions conformes du procureur général Leclercq (*Pasicrisie*, 1849, 1, 221).

pouvoir de déroger à nos lois? Pour que leur avis formât une règle de droit international, il faudrait au moins qu'ils fussent d'accord : et l'on va voir que cet accord ainsi que le droit international privé ne sont encore que de pieux désirs.

48. Le droit est une mer de doutes. L'interprétation que je donne de l'article 3, et que je considère comme certaine, est contestée par un des bons interprètes du code Napoléon (1). M. Valette dit « qu'il *paraît* résulter de la discussion que l'on était disposé à laisser les étrangers soumis à leur loi personnelle ; que toutefois le *silence* du code laisse à cet égard une certaine *latitude* à la *doctrine* ». C'est mal raisonner, me semble-t-il. De deux choses l'une : ou le code admet le statut personnel de l'étranger, ou il le rejette. S'il l'admet, il n'appartient pas aux interprètes de le modifier; s'il le rejette, la doctrine n'a pas le droit de le maintenir, fût-ce avec des modifications. Je ne comprends pas que le silence de la loi donne au jurisconsulte le droit que M. Valette en induit, celui de restreindre le statut personnel tout en l'acceptant. L'accepter, c'est dire que le code le consacre; dès lors, il faut l'interpréter d'après la tradition. Voilà un élément du débat que M. Valette néglige complètement, il n'en parle pas. Cependant les orateurs du gouvernement et du Tribunat disent que la *matière* des statuts est traditionnelle, que la distinction des *statuts* a *toujours* été *admise*; c'est à ce titre qu'elle a été inscrite dans le code civil; c'est donc par la tradition qu'il faut interpréter le code, à moins que la volonté du législateur n'ait été de modifier le droit traditionnel; or, loin de la, la rédaction primitive a été modifiée dans le sens de la tradition. Il faut par conséquent dire, non qu'il *paraît* que l'on admettait le statut personnel de l'étranger, mais que telle a été la volonté bien certaine du conseil d'Etat et du Tribunat.

Voici, continue M. Valette, quelle serait notre théorie : « Nous appliquerons, en général, à l'étranger la loi personnelle étrangère, mais ce principe souffrira des modifications dans notre intérêt ». Etrange doctrine! Quoi!

(1) Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 85.

vous appliquez le statut personnel de l'étranger; c'est donc que vous le croyez établi par la loi. Et puis vous le modifiez dans l'intérêt français. Qui vous donne le droit de modifier un statut légal? Et sur quelle autorité établissez-vous cette modification? Est-ce sur la discussion? Il n'en a pas été dit un mot ni au conseil d'État, ni au Tribunat, ni dans les rapports, ni dans les discours. Est-ce sur la tradition? Vous ne l'invoquez point, et la tradition ignore la restriction que vous proposez. C'est donc une nouvelle loi que vous faites; et qui a donné à l'interprète le droit d'être législateur?

Reste à savoir quel est cet intérêt français auquel M. Valette subordonne le statut personnel : « Nous ne reconnaîtrons pas chez nous un statut que nos lois considèrent comme contraire à l'ordre public, par exemple, l'esclavage ou la polygamie. » Cette première restriction n'en est pas une, car elle est de droit; on l'admettait dans la théorie traditionnelle des statuts, comme je vais le dire à l'instant. Je remarquerai seulement que l'*ordre public* ou mieux l'*intérêt public* est plus qu'un intérêt, c'est un droit de l'État, comme le prouvent les exemples cités par M. Valette. La société a le droit et le devoir de veiller à sa conservation; or, pourrait-elle exister si l'étranger invoquait un statut personnel contraire au principe de liberté sur lequel elle repose, ou contraire à la morale publique sans laquelle il n'y a plus de société? Le droit des citoyens est subordonné au droit de la société, partant aussi le droit des étrangers; c'est le cas de dire qu'il n'y a point de droit contre le droit.

M. Valette propose une autre restriction, qui constitue, à proprement parler, l'intérêt français. « Si l'étranger faisait en France des conventions avec des Français, nous lui appliquerions, relativement à sa capacité, la loi française, s'il résultait un préjudice pour les Français de l'adoption de la loi étrangère. » Ainsi on subordonne la loi et les droits qui en résultent à l'intérêt du Français avec lequel l'étranger contracte. Cela est une chose inouïe dans notre science. Le juge a pour mission de décider d'après le droit, et non d'après l'intérêt. Dire qu'il lui

appartient d'appliquer le statut personnel ou de le rejeter selon l'intérêt du Français qui est en cause, c'est anéantir la notion même du droit. M. Valette donne cet exemple : « Si l'étranger, mineur d'après sa loi, est majeur d'après la loi française, nous lui appliquerons le code civil, car il n'y aurait plus de sécurité pour les Français qui ont contracté avec lui, si un étranger, âgé de vingt et un ans, pouvait se faire restituer contre ses engagements en alléguant qu'il est mineur dans son pays. » Cette doctrine est en opposition avec un principe élémentaire et elle conduit à des conséquences inacceptables. On a toujours admis que c'est à celui qui contracte de s'informer de la condition de la personne avec laquelle il traite. Cette condition peut être parfois difficile à connaître, même entre citoyens ; le contrat n'en reste pas moins irrévocable ; personne n'a jamais songé à permettre à celui qui a traité avec un interdit ou un prodigue, d'invoquer l'ignorance où il était de l'état de la personne avec laquelle il contractait. Pourquoi en serait-il autrement de l'étranger? C'est le droit qui règle les rapports des parties contractantes, ce n'est pas l'intérêt. Le droit est immuable et il met les parties à l'abri de tout arbitraire; tandis que l'intérêt varie d'une cause à l'autre et met les plaideurs à la merci du juge. Aujourd'hui le juge appliquera le statut personnel de l'étranger; demain il refusera de l'appliquer, le tout au gré des intérêts et d'une appréciation qui est nécessairement arbitraire.

49. M. Valette appuie sa doctrine sur la jurisprudence. Il y a, en effet, des arrêts qui favorisent la théorie de l'intérêt français. La cour de Paris a jugé que l'étranger, mineur d'après les lois de son pays, bien qu'il soit âgé de plus de vingt et un ans, ne peut pas invoquer sa minorité devant les tribunaux français, pour faire annuler les obligations qu'il aurait souscrites, en France, au profit de créanciers français (1). Cet arrêt n'est pas fondé sur l'intérêt français; la cour nie, en termes généraux, le statut personnel, par la raison que les Français ne con-

(1) Paris, 17 juin 1834 (Sirey, 1834, 2, 371). Comparez Paris, 15 mars 1831 (Sirey, 1831, 2, 337) et 15 octobre 1834 (Sirey, 1834, 2, 657).

naissent pas et ne doivent pas connaître les lois étrangères, d'où elle conclut que ces lois n'ont aucune force obligatoire en France. Je reviendrai sur l'objection; pour le moment je me borne à constater que la cour de Paris se met en dehors de la tradition, dans une thèse toute traditionnelle; dans l'ancien droit, on n'hésitait pas à appliquer les innombrables statuts qui régissaient les personnes, bien que les parties les ignorassent; que dis-je? la plupart des jurisconsultes ne les connaissaient point.

La cour de Bruxelles a rendu une décision analogue. Un Français, né à Paris, vint s'établir en Belgique; il y fut émancipé, il y contracta mariage et y fixa son domicile; à l'âge de vingt-trois ans, il souscrivit un cautionnement au profit d'un habitant du pays. L'engagement était nul d'après le statut personnel de l'étranger et valable d'après la coutume de Bruxelles; la cour le valida, en vertu de la loi du domicile (1). L'arrêt n'invoque pas non plus l'intérêt belge, il applique à l'étranger la loi du domicile. Telle était la tradition; je dirai plus loin que le code Napoléon y a dérogé en déterminant le statut personnel, non par le domicile, mais par la nationalié. Il y a un arrêt postérieur de la même cour qui applique le statut personnel de l'étranger, sans parler de l'intérêt belge (2). La question ne fut pas même soulevée dans les débats.

On voit que la jurisprudence n'est pas aussi décisive qu'on le dit. Il est certain que si l'on admet la théorie de l'intérêt français, il ne peut plus être question de droit, c'est l'intérêt qui dictera les arrêts. Il en résultera une conséquence déplorable, c'est que l'on ne saura plus s'il y a ou non un statut personnel. Cela dépend de l'intérêt français. L'étranger est-il mineur, mais majeur d'après le code Napoléon, il n'y aura pas de statut personnel, parce que le Français ne manquera pas d'opposer son intérêt à celui d'un étranger qui invoque son statut. Si, au contraire, l'étranger, mineur d'après la loi française, était

(1) Bruxelles, 8 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 169).
(2) Bruxelles, 25 avril 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 174).

majeur d'après la loi de son pays, nous le considérerions comme majeur, dit M. Valette. En effet, d'une part, il ne peut pas se plaindre de l'application de la loi de son pays; et, d'autre part, il n'en peut résulter aucun préjudice pour les tiers. Pour le coup, il y a lieu de s'écrier avec Pascal : Plaisante justice! Ce n'est plus d'après les rivières et les montagnes qu'elle change, c'est d'après l'intérêt. Les rivières et les montagnes restent au moins les mêmes, tandis que rien n'est plus mobile que l'intérêt : la même cour peut, le même jour, appliquer le statut personnel de l'étranger et refuser de l'appliquer.

Ce qui augmente l'arbitraire, c'est qu'il est sans remède. Les arrêts qui n'appliquent point le statut personnel de l'étranger ou qui violent la loi étrangère sont-ils sujets à cassation ? Il est de jurisprudence que la cour suprême ne peut casser une décision que si elle viole une loi française, or il n'y a pas de texte qui admette le statut personnel de l'étranger. La conséquence est juridique, mais elle est déplorable, c'est qu'en cette matière, le juge du fait décide ce qu'il veut. « Attendu, dit la cour de cassation, que, si l'article 3 du code Napoléon déclare que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger, il ne contient aucune disposition semblable ou analogue en faveur des étrangers qui résident en France. » D'où suit que la décision rentre dans le domaine exclusif et souverain des cours royales (1). Je reviendrai sur cette jurisprudence : elle consacre l'arbitraire le plus absolu sur un point de droit, l'existence du statut personnel ; il faudra une loi ou des traités pour y mettre un terme.

50. Nous ne sommes pas au bout des déplorables incertitudes de la doctrine sur une question capitale de notre science, on peut dire le fondement. Le système de l'intérêt français a été adopté par les élèves de M. Valette. M. Demangeat n'y a rien ajouté (2). Il n'en est pas de

(1) Voyez les arrêts cités par Gand, *Code des étrangers*, p. 148, n[os] 227 et 231.

(2) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 373.

même de M. Demolombe qui d'habitude abandonne tout à l'arbitraire du juge. Si je le combats, ce n'est pas pour le plaisir de critiquer, c'est pour montrer, par un exemple mémorable, combien grande est l'illusion de ceux qui fondent les règles du droit international sur les opinions concordantes des auteurs. La cour de cassation dit qu'il n'y a point de loi qui consacre le statut personnel. Dans le silence de la loi, les interprètes se font législateurs. On va voir à quelles conséquences ils aboutissent.

M. Demolombe admet le statut personnel de l'étranger, mais il reconnaît au juge le droit de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer, en annulant ou en maintenant les actes juridiques faits par l'étranger, selon que l'intérêt du Français avec lequel il a contracté le demandera. C'est le système de M. Valette. M. Demolombe y apporte une restriction, c'est que le Français n'ait pas agi avec légèreté, avec imprudence. Quand peut-on dire qu'il a agi légèrement? Nouvelle distinction entre les obligations contractées pour fourniture d'aliments, loyers de maison et les ventes d'immeubles ou emprunts; pour les premières, le juge n'admettra pas le statut personnel, tandis qu'il l'admettra *plus facilement* pour les autres (1). Voilà ce que devient le droit civil international quand le fait domine le droit! La légèreté, l'imprudence ne sont-elles pas essentiellement des questions de circonstances? Peut-on décider, *a priori*, que dans telle espèce, le Français aura été léger, imprudent, et qu'il ne l'est point dans telle autre? Et l'existence ou la non-existence du statut personnel, c'est-à-dire de tout le droit international privé, peut-elle dépendre de la prudence ou de l'imprudence, de la réflexion ou de la légèreté des Français qui contractent avec un étranger? Les objections abondent contre cette incroyable doctrine. Qui ne voit qu'elle transforme le juge en législateur? Si la majorité forme un statut personnel, c'est une loi, et le juge peut-il modifier une loi d'après les circonstances de la cause? Peut-il aujourd'hui déclarer

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 101, n° 102.

un étranger majeur en validant les obligations qu'il a contractées pour fourniture d'aliments, et demain le déclarer mineur pour les ventes qu'il aurait consenties? N'est-il pas de principe que l'état de l'homme est indivisible? On conçoit, à la rigueur, que l'étranger, mineur d'après son statut personnel, soit majeur en France : les statutaires réalistes le disaient et la loi le pourrait décider ainsi. Mais conçoit-on que, sous une seule et même loi, l'étranger soit tout ensemble majeur et mineur, selon l'intérêt du Français avec lequel il contracte?

51. Le système de M. Demolombe trouve quelque appui dans la jurisprudence. La cour de Bruxelles l'a appliqué longtemps avant que l'auteur français l'eût formulé. Elle admet comme principe général que le statut personnel suit l'étranger partout où il se trouve; mais elle ajoute une restriction : ce principe, dit-elle, ne peut *évidemment* recevoir son application aux dettes nécessaires, contractées pour les besoins de la vie; l'étranger ne peut pas exciper de son incapacité, pour se refuser à remplir des obligations qui trouvent leur fondement dans l'équité (1). Rien de plus équitable, en effet. Mais la cour oublie que nos tribunaux ne jugent pas en équité, qu'ils décident en droit; le magistrat ne peut jamais déroger à la loi par des considérations d'équité, sauf dans les cas où la loi lui en donne le pouvoir. Cela est élémentaire (2).

Un arrêt de la cour de cassation de France consacre la doctrine de Demolombe dans des termes empruntés au jurisconsulte français (3). La cour commence par dire que le statut personnel de l'étranger peut être admis, *par réciprocité*, c'est l'expression de Merlin (n° 47), il faudrait dire par analogie ou par identité de motifs; or, là où l'on

(1) Bruxelles, 25 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 51).

(2) J'ajoute que cet arrêt ne doit pas être considéré comme faisant jurisprudence en Belgique; il y a un arrêt postérieur de la cour de Bruxelles qui applique le statut personnel de l'étranger, sans mentionner la restriction de l'intérêt belge. (Voyez, plus haut, p. 85, note 2.)

(3) Arrêt de rejet du 16 janvier 1861 (Dalloz, 1861, 1, 193). Comparez Bourges, 26 mai 1858 (Dalloz, 1858, 2, 178) : « L'*intérêt des nationaux* qui ont stipulé de *bonne foi* ne saurait être sacrifié au statut personnel de l'étranger, qu'ils n'ont pas connu et ne sont pas censés connaître. »

applique un texte par analogie, il y a un texte . ce texte n'oblige-t-il pas le juge, surtout quand il résulte de la tradition et des travaux préparatoires que la volonté formelle des auteurs du code a été d'admettre le statut personnel de l'étranger? La cour ne dit rien, ni de la tradition, ni de la discussion du conseil d'Etat, ni des discours des orateurs, ni des changements apportés au texte. Elle se borne a déclarer « qu'il *convient* d'apporter à l'application du statut étranger des *restrictions* et des *tempéraments*, sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français. Rien de mieux si les tribunaux avaient pour mission de faire la loi ou d'y déroger par des considérations d'équité; mais la cour de cassation a bien des fois décidé le contraire. La cour répond ensuite à l'objection que faisait le pourvoi, que chacun doit connaître la capacité de celui avec qui il contracte. « Cette règle, dit-elle, ne saurait être aussi strictement et aussi rigoureusement appliquée à l'égard des étrangers contractant en France. » Je reviendrai sur ce point. « Il suffit alors, poursuit la cour, que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi. » *Il suffit!* Où est-il dit que cela suffit? Dans la tradition? Non. Dans la discussion du conseil d'Etat? Non. Dans les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat? Non. Ce sont les interprètes, magistrats et auteurs qui ont inventé ce *tempérament*, lequel est, en réalité, une dérogation à la loi. N'est-ce pas donner à la jurisprudence et à la doctrine le droit de faire la loi, d'admettre ou de rejeter le statut personnel, alors que la volonté bien certaine du législateur a été de le consacrer sans *restriction* aucune, tel qu'il avait *toujours* été admis? Je n'entre pas dans le détail des faits : toutefois, il me semble que la vente d'un collier de 25,000 francs, et des fournitures de bijoux pour 38,495 francs, valaient la peine de s'enquérir de la capacité de celui qui faisait de pareils achats, d'autant plus que son nom même indiquait une origine étrangère. Quoi qu'il en soit, ces difficultés de fait n'ont rien de commun avec la question de droit, tant que le législateur n'a pas permis au juge d'en tenir

compte. C'est l'avis d'excellents auteurs (1). Plus loin, je dirai ce que la loi ou les traités pourraient faire pour diminuer les inconvénients qui résultent de l'ignorance où sont les Français de l'état des personnes avec lesquelles ils traitent, ainsi que du statut qui les régit. Les Anglo-Américains suivent aussi la doctrine de l'intérêt, si l'on peut appeler l'utilité une doctrine ; mais, plus logiques que les légistes français, ils nient carrément le statut personnel. Preuve que les *restrictions* et les *tempéraments* préconisés par la cour de cassation aboutissent à annuler le statut personnel ; en effet, si le statut n'est pas une règle légale, il n'est rien.

52. Il n'y a qu'une exception au principe des lois personnelles et de l'empire qu'elles exercent sur la personne, quelle que soit sa résidence : quand le statut personnel est en opposition avec une loi d'intérêt général, c'est celle-ci qui doit recevoir son application. Cela a toujours été admis ; les anciens statutaires disent que les statuts réels et prohibitifs lient toutes sortes de personnes, sans distinguer si elles sont domiciliées dans le territoire d'une coutume, ou si elles ont leur domicile ailleurs (2). Ils entendaient par statuts prohibitifs les prohibitions faites dans un intérêt public. L'expression est mauvaise ; elle s'attache à la forme du statut plutôt qu'au fond ; or, il est certain qu'il y a des statuts d'intérêt social qui ne sont point conçus dans la forme prohibitive : tels sont les principes fondamentaux de notre droit public, la liberté, l'égalité, la souveraineté nationale. Ces principes, par leur essence, ne reçoivent pas d'exception. Valette cite comme exemple l'esclavage ; si la loi personnelle de l'étranger admettait l'esclavage, il ne pourrait néanmoins avoir un esclave en France ni en Belgique. Il n'y a pas de loi prohibitive, dans l'espèce, ce qui n'empêche pas la liberté d'être le principe essentiel de notre ordre social ; l'étranger, pas plus que l'indigène, n'y peut porter atteinte.

(1) Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, nº 88, p. 200-204. Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 441, nº 544. Duvergier, sur Toullier, t. I, I, p. 200.
(2) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 165.

Ce que j'appelle exception au statut personnel est, à vrai dire, une règle fondamentale du droit international privé. L'existence de la société et sa conservation sont la condition de la vie des individus ; leur développement physique, intellectuel et moral est subordonné à la coexistence des hommes dans les sociétés civiles ; donc, tout ce qui porte atteinte à la société ne peut avoir aucune valeur : c'est dire que dans le conflit entre le droit de la société et le droit personnel de l'étranger, le statut personnel doit céder. Reste à savoir si le code consacre ce principe. Il suffit que le principe soit traditionnel pour qu'il soit censé inscrit dans le code, puisque le législateur français a maintenu la tradition en cette matière. Le principe résulte d'ailleurs de la nature même de la société ; on ne peut admettre l'application d'une loi étrangère qui compromettrait son existence ou sa conservation. C'est en ce sens que l'on doit entendre la première règle de l'article 3 : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Les termes sont vagues, mais il est difficile de les préciser. L'expression d'*ordre public*, dont Valette se sert, est aussi vague, et elle présente un autre inconvénient ; les mots *ordre public* s'appliquent d'ordinaire aux lois qui concernent l'état et la capacité des personnes. Prise dans ce sens, l'exception de l'*ordre public* détruirait la règle des lois personnelles, car elle aboutirait à dire que la loi française doit recevoir son application à l'étranger dès qu'elle est en opposition avec la loi personnelle de l'étranger : ce qui serait nier le statut personnel. Il vaut mieux dire que l'exception forme une règle et que la règle est applicable, dans tous les cas où un intérêt social est en cause. Le principe est universellement admis (1), mais l'application soulève de grandes difficultés ; pour le moment, il ne s'agit que des principes.

N° 3. ÉTENDUE DU PRINCIPE.

53. Le principe du statut personnel était généralement admis dans l'ancien droit, et il est aussi admis

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 160.

aujourd'hui dans tous les pays, sauf chez les Anglo-Américains. Mais grandes étaient les controverses, et elles durent encore, sur le sens et la portée du principe; de sorte que, d'accord en apparence, les statutaires différaient d'opinion presque sur tous les points, selon qu'ils étaient plus ou moins attachés à la vieille maxime, que toutes les coutumes sont réelles. Il y avait des réalistes outrés; tels étaient d'Argentré en France, Bourgoingne en Belgique, Voet en Hollande; ils rejetaient toutes les conséquences du statut personnel; les plus logiques le niaient, ou, ce qui revient au même, ne l'acceptaient que par courtoisie. D'autres s'écartaient plus ou moins de l'adage traditionnel qui réputait réelles toutes les coutumes, et parmi eux, Charles Dumoulin, l'oracle du droit coutumier, Guy Coquille, un des esprits les plus précis et les plus clairs, puis des jurisconsultes de second ordre, Froland, Boullenois, Stockmans, Rodenburg. J'ai raconté l'histoire de leurs luttes jusqu'à la fin du dix-huitième siecle (1) ; le dernier des statutaires, Bouhier, est aussi celui qui donne le plus à la personnalité. La controverse s'est reproduite dans les temps modernes. Les Allemands disent, il est vrai, que la doctrine des statuts a fait son temps, qu'elle est surannée; les formules diffèrent sans doute, mais, au fond, ce sont toujours les mêmes tendances qui se combattent : les uns restent attachés, sans s'en douter, à la réalité des coutumes, et par suite, restreignent l'empire des statuts personnels, tandis que les autres acceptent la personnalité avec toutes ses conséquences, parce qu'ils sont portés à déclarer personnelles toutes les lois, sauf celles qui concernent l'intérêt social.

54. « Est-ce seulement l'état de capacité considéré d'une manière abstraite et générale, que l'on doit soumettre à la loi personnelle ? Ou la même loi doit-elle régir également les conséquences de détail qui doivent être produites par cet état ? » C'est en ces termes que la question est posée par un auteur récent (2). Les anciens la

(1) Voyez l'histoire du droit civil international, dans le tome Ier de ces Etudes, p. 335-360.
(2) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p. 86.

imitaient, ce qui vaut mieux, sauf à examiner successivement les difficultés qu'elle présente. L'autorité du statut personnel s'étend-elle au delà du territoire, sur les biens que la personne, capable ou incapable, possède : si elle est capable d'après son statut, pourra-t-elle disposer de ses biens situés sous une coutume où elle serait incapable d'après le statut local ? et si elle est incapable d'après son statut, ne pourra-t-elle pas disposer de ses biens situés sous une coutume en vertu de laquelle elle serait capable ? Les statutaires français se prononçaient généralement pour l'empire du statut personnel ; l'un d'eux, Boullenois, le fait en d'excellents termes : « Quand la loi fixe l'état des hommes et les constitue d'une certaine condition, ce n'est certainement pas pour le seul plaisir de rendre cet homme de tel état ou de telle condition ; la loi porte ses vues plus loin, et elle a incontestablement pour objet de déterminer l'état d'un homme, relativement à la société, et de définir celui qui peut ou ne peut pas agir dans cette société, celui qui est capable, ou non, de faire les actes ordinaires qu'exige le commerce de l'homme. Par exemple, quand la loi détermine l'âge de la majorité, est-ce pour faire un majeur, *nomine tenus*, rien que pour le nom, et pour donner à l'homme une qualité vaine et stérile ? Quand la loi interdit un prodigue, est-ce pour le plaisir de le lier et d'en faire un homme inutile ? » Mêmes questions pour l'interdit et pour la femme mariée.

On ne peut pas nier, continue Boullenois, que, dans tous ces cas, la vue, l'objet et le terme de la loi ne soient le plus grand bien de la société. Or, l'ordre de la société exige qu'un homme qui est d'un certain état et d'une certaine condition soit tel partout où il peut se transporter, et que conséquemment ce soit son état ou sa condition qui décide de l'usage qu'il peut avoir de ses biens, quand cet usage est attaché à l'état de la personne ; la raison en est que cet état le pénètre pour ainsi dire tout entier et le fait être ce qu'il est dans la société. Ainsi, toutes les fois qu'il s'agira d'actes qui dépendront, dans les différentes coutumes, de l'état et condition de la personne, cet état se portera par suite et par consé-

quence dans tous les endroits ou ces actes seront à exercer et où les biens seront situés, soit qu'il s'agisse d'actes purs personnels, comme sont les engagements, soit qu'il s'agisse d'actes réels, comme les aliénations et autres dispositions des fonds.

Boullenois invoque l'autorité de Charles Dumoulin et des glossateurs. Cette décision, dit-il, est fondée en raison et en justice. Cela est vrai. Mais comment la concilier avec le principe de la réalité des coutumes ? Dumoulin, enchaîné par la tradition, n'osait pas nier l'adage que les coutumes sont réelles ; or, si les coutumes commandent en souveraines aux biens situés sur leur territoire, si elles déclarent la personne capable ou incapable de les aliéner, de quel droit invoquera-t-on une loi étrangère qui déclarera incapable celui que la coutume répute capable, ou qui considérera comme capable celui que la coutume répute incapable? Que deviendra la souveraineté des coutumes si on la subordonne à une souveraineté étrangère? Les partisans de la personnalité s'ingéniaient à trouver des réponses à ces questions pressantes ; ce qu'ils répondaient était fondé en raison et en justice, comme dit Boullenois, mais des arguments rationnels peuvent-ils l'emporter sur la puissance souveraine? Le statut personnel, disait-on, n'empiète pas directement sur la souveraineté de la coutume ou les biens sont situés, il ne règle que l'état de la personne, et lui seul peut le régler, puisque lui seul le connaît; si les biens en sont affectés, c'est *indirectement* et par voie de *conséquence*. Eh! qu'importe que l'atteinte à la souveraineté soit indirecte ou directe ; elle n'est pas moins violée ; or, la souveraineté doit être entière ou elle n'est rien. Il n'y avait qu'un moyen d'échapper à l'adage traditionnel, c'était de dire que la souveraineté avait changé de nature, qu'elle ne se confondait plus avec le sol, comme au moyen âge, qu'elle était devenue une mission et que cette mission n'avait rien de commun avec les relations d'intérêt privé ; que la souveraineté était sauvegardée par cela seul que le statut personnel ne pouvait déroger à l'intérêt social, et sur ce point tout le monde était d'accord. Mais les statutaires ne s'élevèrent

jamais à la vraie notion de la souveraineté ; de là, leurs éternelles disputes (1).

33. Que faut-il décider sous l'empire du code civil ? Au premier abord, on est très embarrassé de répondre. Le législateur français a consacré la tradition, et la tradition est incertaine. Je réponds que l'incertitude était inhérente au droit coutumier. Il faut donc dire que les auteurs du code s'en sont tenus à la doctrine généralement suivie. Or, sur ce point, il n'y avait guère de doute; nous en avons un témoignage précieux dans le *Répertoire* de Merlin, qui résume les opinions régnantes à la fin du dernier siècle. L'auteur commence par rapporter ce que disent les réalistes belges, Bourgoingne, les deux Voet, Peck ; il ajoute que le sentiment contraire ne manquait point de défenseurs, même parmi les jurisconsultes flamands; tels étaient Rodenburg et Abraham de Wesel, qui s'élèvent avec une grande force contre le système de Bourgoingne et de ses partisans. « Quant aux *jurisconsultes français, on sait* qu'ils n'ont *presque tous qu'une voix* pour la *même opinion* (2). » Cela est décisif. Les auteurs du code ont suivi la tradition française, par l'excellente raison que c'était la seule qu'ils connussent.

Le texte du code vient à l'appui de ces considérations. Aux termes de l'article 3, « les lois concernant l'*état* et la *capacité* des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Ainsi, ce n'est pas seulement l'*état* qui est régi par la loi étrangère, c'est aussi la *capacité*; l'*état* et la *capacité* sont inséparables. Il importe de le constater, pour mettre fin à tout doute : les auteurs du code ont suivi régulièrement Domat et Pothier, Domat dans les matières théoriques ou philosophiques. Et telle est la notion de l'état : elle est abstraite et ne prend de vie que si on la joint à la capacité. C'est ce que Domat fait. Dans son livre préliminaire, il examine comment les lois considèrent les personnes : « Les lois civiles distinguent

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 172-173. Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 158. Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Majorité*, § V, p. 188-189 du t. XIX.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Majorité*, § V.

les personnes par de certaines qualités qui font ce qu'on appelle l'état des personnes. Le droit romain en parlait, notamment des qualités de libre et d'esclave, de père de famille et de fils de famille, mais sans établir un principe certain qui serve à distinguer les qualités qui regardent et celles qui ne regardent pas l'état d'une personne. » Domat dit que cette distinction est une suite naturelle de l'*ordre de la société* et de celui des matières des lois civiles. Les qualités que les lois considèrent pour distinguer l'état des personnes, ont un rapport particulier aux *engagements*, et elles ont toutes cela de commun, qu'elles rendent les personnes *capables* ou *incapables* ou de *tous engagements* ou de *quelques-uns*. Il en est de même des qualités requises pour *succéder*. Ainsi pour les successions, les enfants légitimes sont capables de succéder, et les bâtards en sont incapables. De même, on voit dans *toutes les autres qualités* qui font *l'état des personnes* qu'elles font en même temps quelque *capacité* ou *incapacité*. De sorte que l'on peut dire que *l'état des personnes consiste dans cette capacité ou incapacité* (1). Or, la capacité et l'incapacité se rapportent à des actes, et les actes concernent nécessairement les biens. Domat le dit des successions; il en est de même des engagements ou contrats, car les contrats, comme Domat l'explique si bien, ont été sanctionnés par le législateur, pour donner aux hommes les moyens de se procurer ce qui est nécessaire à leur vie physique et intellectuelle. Cela décide notre question : le texte du code est en harmonie avec la tradition que l'on regardait comme constante en droit français.

56. Toutefois, la controverse qui existait dans l'ancien droit divise toujours la science. Savigny dit qu'au premier abord, la personnalité des lois qui concernent l'état est un de ces principes généralement admis qui forment par leur universalité même une règle du droit des gens ; mais il se hâte d'ajouter qu'il ne faut pas attacher un trop grand prix à cet accord unanime, parce qu'il n'est

(1) Domat, *Des lois civiles*, Livre préliminaire, tit. II, *Des personnes* (t. I, p. 10 de l'édition de Paris de 1745).

qu'apparent. Les principes sont une abstraction, ils n'ont de vie que par l'application que l'on en fait. Tout dépend donc du sens que l'on y attache. Qu'est ce que *l'état?* Consiste-t-il uniquement dans une qualité qui a pour conséquence de classer les personnes dans un certain ordre? Ou faut-il y comprendre la capacité et l'incapacité qui résultent de l'état? Il y a des jurisconsultes allemands et de premier rang qui établissent cette distinction entre l'état et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée. C'est la doctrine de Mittermaier, à laquelle Wachter a donné de grands développements (1). L'autorité dont ces auteurs jouissent ne me permet point de passer leur dissentiment sous silence. Wachter n'admet qu'avec restriction le principe même de la personnalité des lois d'état. Il faut voir avant tout si la législation nationale reconnaît l'état de l'étranger; chaque législateur est juge souverain en cette matière; et il se peut qu'il veuille appliquer aux étrangers les règles qu'il établit pour les indigènes. Sans doute, le législateur peut ce qu'il veut, et sa volonté doit être respectée. Mais nous sommes dans le domaine de la théorie, et sur ce terrain on ne demande plus ce que le législateur veut, on demande ce qu'il doit; or, il y a un droit antérieur à la loi, dont le législateur doit tenir compte, puisque sa mission consiste à le formuler. Et que dit ce droit éternel? Il dit que l'homme n'est étranger nulle part, qu'il doit jouir partout des facultés sans lesquelles il ne pourrait vivre. Par quelle loi seront régis les droits privés inhérents à l'homme? Il s'agit pour le moment de son état. Or, quel est le législateur qui seul a capacité de régler l'état des personnes, de déterminer, par exemple, qui est majeur ou mineur? Cet état ne dépend-il pas des circonstances physiques, intellectuelles, morales, qui font qu'une nation diffère d'une autre nation? Si l'on admet que les nations procèdent de Dieu, il faut dire aussi que le droit, qui est l'expression de leur nationalité, vient de Dieu. Le législateur peut méconnaître, il est vrai, ce droit divin; mais, s'il le fait, il manque à sa mission, et loin de l'approuver,

(1) Mittermaier, *Deutsches Recht*, § 30, p. 117 de la 7e édition. Wachter, dans *Archiv fur civilistische Praxis*, t. XXVI, p. 163, 175-184.

les hommes de science, qui sont les organes du droit, doivent le rappeler à son devoir.

Il faut donc poser comme règle que la loi doit reconnaître l'état de l'étranger, tel qu'il est réglé par sa loi nationale. Vient maintenant la question de savoir ce que l'on entend par état. Si l'on en croit les jurisconsultes que je me permets de combattre, l'état n'est que la qualité abstraite qui détermine le classement des personnes dans la société civile. Autre chose est la capacité ou l'incapacité qui en découle ; chaque législateur règle les actes qui se font dans les limites de son territoire, et, par conséquent, la capacité qui donne le droit de les faire ou l'incapacité qui empêche d'y procéder. Ainsi la loi nationale décidera si l'homme est majeur à vingt et un ans, comme en France, ou à vingt-quatre ans, comme en Prusse. Mais si le Français, majeur à vingt et un ans, fait un acte juridique en Prusse, il n'est plus régi par la loi française, il est sous l'empire de la loi prussienne, laquelle lui défend de faire des actes juridiques avant d'avoir atteint l'âge de vingt-quatre ans. Ainsi l'état de majeur est une abstraction, que l'on permet à la loi étrangère de régler ; mais c'est une abstraction qui n'a aucun effet hors du territoire de la loi nationale. Je demanderai à ces savants jurisconsultes si le droit est une abstraction ou si le droit est l'expression de la vie réelle, dont il est une des faces les plus importantes. Je leur demanderai pourquoi tel législateur déclare l'homme majeur à vingt et un ans, tandis qu'un autre fixe la majorité à vingt-quatre ans. N'est-ce pas parce que l'expérience l'aura convaincu qu'ici l'homme est capable d'agir à vingt et un ans, tandis qu'ailleurs il acquiert cette capacité plus tard ? L'état est donc la capacité ou l'incapacité d'agir ; admettre l'état et ne pas admettre la capacité ou l'incapacité d'agir, c'est se contenter du mot et repousser l'idée qui y est attachée. Cela est illogique, inconséquent au dernier degré. C'est ce que dit un jurisconsulte célèbre, M. Savigny, et il a mille fois raison (1).

La distinction que fait Wächter est si irrationnelle,

(1) Savigny, *Das heutige römische Recht*, t. VIII, p. 134-141. Comparez Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 70, n° 48.

que l'on se demande quels peuvent être les motifs de cette étrange doctrine. On ne sépare pas l'idée du mot qui la représente; on ne sépare pas non plus la *capacité* de l'*état* dont elle est la conséquence. La personnalité est incontestable, on ne saurait la nier, il faut donc la reconnaître. Mais l'application du statut personnel présente des inconvénients politiques; l'étranger contracte dans un pays où son statut personnel est inconnu; on le croit capable en France parce qu'il a vingt et un ans, et il se trouve qu'il est encore mineur, partant incapable, d'après sa loi nationale. Admettre cette incapacité, c'est induire en erreur les Français qui contractent avec l'étranger, c'est détruire la sécurité qui est l'âme du commerce. En France, le juge, se fondant sur l'intérêt français, validera l'engagement souscrit par un incapable. Les Allemands cherchent à concilier l'intérêt avec le droit en admettant l'état de l'étranger d'après sa loi personnelle, mais en déterminant sa capacité d'après la loi du lieu où il contracte, ou d'après la loi que le juge doit appliquer comme étant la loi territoriale. Qui ne voit que la concession que les jurisconsultes font à la loi personnelle de l'étranger est dérisoire? On admet son état et on ne tient aucun compte de la capacité ou de l'incapacité à raison de laquelle l'état a été établi. Il faut aller plus loin si l'on veut être logique, et dire avec les Anglo-Américains, gens positifs, qu'il n'y a point de statut personnel. Fort bien. Mais que devient, dans ce système, le droit, la justice, choses chères à la race allemande? On sacrifie le droit à l'intérêt, il n'y a plus de droit. Je reviendrai sur la question, elle est capitale, et je dirai comment on peut concilier le droit avec l'intérêt.

57. Il y a une question analogue, sur laquelle le dissentiment se reproduit et pour les mêmes motifs. Faut-il appliquer aux incapacités spéciales le principe que l'on admet pour l'incapacité générale, telle qu'elle résulte de l'état? C'est une vieille controverse, elle divisait les statutaires et elle divise encore la science moderne. Il faut d'abord écouter la tradition qui, pour le droit français, est décisive. Quand on recourt à la tradition, on ne doit

pas perdre de vue qu'elle n'a rien de fixe; ce n'est pas un code, c'est un droit historique qui se développe et se modifie, le passé luttant toujours contre les innovations. Il en est notamment ainsi en matière de statuts. On commença par admettre comme une règle générale et absolue que les *coutumes* sont *réelles*; c'était le principe féodal et la féodalité avait de profondes racines dans les mœurs. Les glossateurs et leurs disciples reconnurent ensuite que cette règle recevait des exceptions; toutefois, dit le président Bouhier, ce n'est qu'avec peine que l'on en a reçu peu à peu quelques-unes; les légistes, pour peu qu'il y eût un doute, étaient toujours portés à maintenir la maxime traditionnelle de la *réalité* des coutumes (1). La définition même qu'ils donnaient du statut personnel favorisait cette interprétation restrictive; pour qu'il fût personnel, le statut devait concerner la personne d'une manière principale, *principaliter*; ce que les réalistes entendaient en ce sens que le statut devait avoir pour objet l'*état général, universel* de la personne; ils en concluaient que si la capacité ou l'incapacité étaient spéciales, on ne se trouvait plus dans l'exception de la personnalité, partant on rentrait dans la règle d'après laquelle toute coutume est réelle. J'ai dit, dans la partie historique de ces Études, que grand était l'embarras des jurisconsultes qui avaient du penchant pour la personnalité. Pour échapper à la restriction qu'impliquait la définition du statut personnel (2), Froland fut obligé de l'interpréter de telle façon qu'elle changeait de caractère : elle n'exige pas, dit-il, que le statut ait en vue *tout l'état* de la personne; il suffit que le législateur ait porté son attention sur la personne, sans considérer les biens. Restait à savoir quand le statut avait en vue la personne. Sur cela Froland établit une règle tellement large qu'elle pouvait conduire à déclarer personnels tous les statuts : « C'est assez que le statut dispose de l'*état* de la personne; il ne saurait plus changer de nature, ni devenir une dis-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXIII, n° 12 (Œuvres, t. I, p. 655).
(2) Voyez le t. I, p. 505, n° 349.

position réelle. La *personne* et ses *biens* sont choses fort différentes; la personne est constamment la plus noble, et comme telle elle doit l'emporter sur les biens qui ne sont faits que pour elle; et de là vient que la loi qui règle son état est celle à qui il faut donner la préférence, parce que son objet est bien plus relevé que le droit de décider de sa fortune. »

Voila pourquoi, dit Froland, on a toujours considéré comme personnel le statut qui défend l'intercession aux femmes, bien qu'il ne concerne pas l'état universel de la femme, qui peut *donner*, *tester*, *vendre*, *hypothéquer* et faire une infinité d'autres actes, indépendamment du sénatus-consulte velléien, lequel ne lui lie les mains que par rapport à l'intercession. Il en est de même des coutumes qui défendent à la femme d'aliéner et d'hypothéquer ses héritages sans l'autorité et le consentement exprès de son mari, et cependant on ne peut pas dire qu'elles règlent l'état universel de la femme, puisqu'il y a des coutumes qui lui permettent de tester sans l'autorisation de son mari. Il y a un statut plus important, parce qu'il est d'une application plus usuelle, c'est celui qui défend au mineur de vingt-cinq ans de vendre, engager et hypothéquer ses biens; c'est un statut personnel, et il ne concerne pourtant pas l'état universel du mineur, puisque la coutume de Paris lui permet de disposer de ses biens par testament dans une certaine mesure (1).

C'était une excellente théorie, mais il faut avouer qu'elle s'écartait absolument de la fameuse maxime que toutes les coutumes sont réelles. Aussi Froland lui même n'osa-t-il point pousser son principe jusqu'au bout, car il aurait dû renverser la tradition et dire que les coutumes sont personnelles; loin de là, il regrettait que l'on ne se fût pas tenu à la réalité des coutumes, ce qui aurait évité toutes les difficultés et toutes les incertitudes nées de la distinction des statuts. Parfois même il lui arriva d'hésiter quand il s'agissait d'une de ces questions où la tradition résistait à l'envahissement de la personnalité. Tel était le

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 98-101

statut de l'aliénation des fonds dotaux. Après avoir exposé les raisons pour et contre la personnalité, Froland avoue qu'il ne sait où il en est; que de quelque côté qu'il se tourne, il ne voit qu'écueils et précipices, après avoir longtemps balancé, il ne se détermine qu'en tremblant en faveur de la personnalité. Le président Bouhier dit qu'il croit entrevoir ce qui a tant fait hésiter Froland : « Né et élevé en Normandie, où l'on est extrêmement entêté de la réalité des coutumes, il a peine à se débarrasser de ses préjugés et de la crainte de contredire ses compatriotes. Pour moi, continue Bouhier, qui n'ai pas les mêmes préventions, je ne balance pas à dire que je ne vois ni écueils, ni précipices, mais la vérité pure dans l'avis pour lequel cet exact et laborieux auteur s'est déterminé. » Il y en a une raison décisive. Le législateur a-t-il eu en vue principalement les personnes ou les biens? » Il n'y a, je pense, aucune personne sensée qui ne réponde qu'il a eu pour objet unique l'intérêt des femmes. Justinien l'a même dit précisément : « *Ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducantur inopiam.* » Puisque l'intention de la loi a été de veiller à la fortune des femmes, il faut lui donner effet partout où la femme a des biens : donc le statut est personnel (1).

On peut donc dire que la tradition ne distinguait point entre l'état général de la personne et la capacité ou l'incapacité particulière. Cela est décisif, en ce qui concerne l'interprétation de l'article 3 du code Napoléon. Le législateur français a consacré les principes que l'on suivait dans l'ancien droit sur la matière des statuts; il emploie les termes les plus généraux, l'*état*, la *capacité*, l'*incapacité*, sans ajouter un mot qui en restreigne le sens et la portée. Toutefois, il y a des dissentiments; nous les rencontrerons dans les questions que j'examinerai dans la partie spéciale de ces Études. Pour le moment, il s'agit du principe et celui du code Napoléon ne me paraît pas douteux.

58. Cependant la controverse qui divisait les statutaires

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. 27, nos 15-18 (Œuvres, t. I, p. 753).

dans l'ancien droit s'est renouvelée, bien que sous une autre forme et pour d'autres motifs. Un de nos meilleurs auteurs, M. Bar, commence par exposer la théorie de la capacité ou de l'incapacité générales constituant à proprement parler l'état d'une personne; c'est cet état qui fait l'objet du statut personnel, lequel suit la personne partout. Si la personne, capable en général, est frappée d'une incapacité particulière, cette incapacité déroge à l'état, mais ne forme pas l'état; donc elle ne fait point partie du statut personnel, et partant elle rentre dans le statut réel, car la réalité est la règle et la personnalité l'exception. Il en est de même quand une personne incapable, en général, est declarée capable de certains actes; c'est l'incapacité qui forme son statut personnel et qui la suit partout; la capacité, à titre d'exception, rentre dans la règle du statut réel (1). C'est la doctrine des statutaires que j'ai appelés réalistes, parce qu'ils donnent tout à la réalité. Les écrivains allemands rejettent la théorie traditionnelle des statuts, mais bien que le réalisme semble banni de la science, sa tendance subsiste. Bar ne pose pas en principe que toutes les lois sont réelles, il ne dit pas que la personnalité est une exception qu'il faille restreindre dans les plus étroites limites : le vieux réalisme n'est plus que de l'histoire. Toutefois il aboutit à peu près à la même conséquence que les réalistes de l'ancien droit.

Bar remarque qu'il y a une différence entre l'état général d'une personne et la capacité particulière que la loi lui reconnait ou l'incapacité particulière dont elle est frappée. Cela est très vrai. Il y a des pays où les officiers ne peuvent pas s'engager par lettre de change. Dira-t-on que cette prohibition altère leur état, et les rend incapables, en ce sens que l'incapacité les suit partout? Non, l'officier reste capable, sa capacité est entière, puisque rien ne l'empêche de contracter des engagements sous des formes civiles; il peut emprunter et se procurer par cette voie l'argent dont il a besoin. Dès lors on ne peut pas dire que la prohibition de créer une lettre de change

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 43, p. 140-142.

soit un état de la personne qui la suit partout. Il y a, au contraire, une raison pour qu'il n'en soit pas ainsi. Ceux qui traitent avec une personne peuvent et doivent connaître son état général, parce que cet état se retrouve partout, bien qu'avec des modifications; il y a, dans toutes les législations, des majeurs et des mineurs, quoique l'âge et les conditions diffèrent. Il n'en est pas de même des incapacités particulières, elles sont souvent locales, et inconnues ailleurs. Qui peut soupçonner, en France et en Belgique, qu'une femme non mariée ait besoin d'un tuteur pour contracter? La tutelle du sexe y est complètement ignorée. Si ces prohibitions locales suivaient la personne partout, il en résulterait un grand danger pour les tiers. C'est une raison déterminante pour que les incapacités particulières soient renfermées dans les limites de leur territoire (1).

Ainsi, tout en n'approuvant point la doctrine des statutaires, Bar aboutit à déclarer réels les statuts qui établissent des incapacités ou des capacités particulières. Le mot n'y est point, mais la chose y est. D'après la subtilité du droit, on peut dire que l'état de la personne est régi par son statut personnel; en réalité, son état est modifié, parce que sa capacité n'est pas entière. Vainement dit-on que l'officier n'a pas besoin de la lettre de change; l'argument prouve trop, car on en pourrait dire autant de tous ceux qui s'en servent, et si elle était inutile, on ne l'aurait pas inventée. Or, l'état est une chose complexe et indivisible comme la personne; c'est la personne tout entière qui doit être la même partout, c'est l'état tout entier avec ses modifications, s'il y en a, qui doit la suivre en tout pays. Nous n'admettons plus, comme le faisaient les statutaires réalistes, que la personnalité soit une exception et que la réalité soit la règle. Il n'y a ni règle ni exception : les statuts sont personnels, en tant qu'ils sont l'expression de la personnalité ou de la nationalité qui est inhérente à la personne et dont elle ne saurait être dépouillée : les statuts sont réels, en tant qu'ils tiennent à la souveraineté, c'est-

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 44, p. 150-152.

à-dire quand il y a un droit social en cause. Quant à l'intérêt des tiers que l'on invoque pour écarter l'application des incapacités locales, il est certain qu'il peut être lésé. Mais l'objection prouve encore une fois trop; il peut être aussi difficile de connaître l'état général d'une personne que son état particulier; si l'intérêt seul doit être considéré, il faut écarter tout statut personnel, comme font les Anglo-Américains. Nous verrons plus loin s'il y a moyen de concilier l'intérêt des tiers avec le droit (1).

ARTICLE II. — LE DROIT ÉTRANGER

§ I. *Le droit continental.*

N° 1. LÉGISLATION.

59. Le code civil italien, article 6, porte : « L'*état* et la *capacité* des personnes et leurs *rapports de famille* sont régis par la loi de la *nation* à laquelle elles appartiennent. » En comparant cette disposition à l'article 3 du code Napoléon, on voit que le législateur italien s'est placé à un point de vue plus élevé que le législateur français. L'article 3 ne parle que du statut personnel des Français, il ne dit rien des étrangers; il faut recourir à la tradition et aux travaux préparatoires pour en induire que l'intention des auteurs du code a été de maintenir le droit traditionnel et de reconnaître le statut personnel des étrangers. On sait que le silence de la loi a donné lieu à une grave controverse; la jurisprudence s'en est prévalue soit pour nier le statut personnel, soit pour le modifier et le restreindre par l'intérêt français; des auteurs considérables ont prêté la main à une doctrine qui ruine les bases de notre science, en substituant l'intérêt au droit; l'intérêt se couvre du manteau de l'équité, comme s'il pouvait y avoir équité à sacrifier les droits de l'étranger à l'intérêt de l'indigène. Le code italien ne parle pas des nationaux, il parle des *personnes* en général, c'est-à-dire de tout homme à quelque nation qu'il appartienne. C'est, sur le

(1) Comparez Wächter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 172; Savigny, *System des heutigen römischen Recht*, t. VIII, § 364, p. 147.

terrain du droit privé, ce que la célèbre déclaration de 1789 était sur le terrain du droit public : la consécration des droits de l'homme comme tel. Les Italiens peuvent a bon droit revendiquer le principe comme un principe national . ce sont des légistes italiens, les glossateurs qui, les premiers, reconnurent le droit que tout homme a de réclamer son état et sa capacité, tels qu'ils sont réglés par les lois de sa patrie. C'est sur le terrain du droit une révolution aussi grande que celle qui affranchit les serfs. Au moment ou les légistes de Bologne enseignaient que l'homme peut invoquer partout son statut personnel, l'Europe feodale suivait comme loi universelle que toute coutume est réelle, ce qui voulait dire que l'homme est l'accessoire du sol et que la terre domine la personne. Non, disent les glossateurs, l'homme est plus noble que le sol; il tient sa personnalité de Dieu, et la loi, expression de cette personnalité, le suit partout. Les hommes ne sont point parqués en petites sociétés, comme des troupeaux, ils ne sont pas attachés a la glèbe; la Terre leur a été donnée comme patrie par celui qui les a créés; ils forment une grande société, celle du genre humain; la division de l'humanité en nations n'empêche point que les citoyens des divers Etats restent hommes, et que partout ils soient reconnus comme tels avec leur personnalité nationale.

Telle est la grande idée que les Italiens ont apportée au monde après avoir reconquis leur nationalité : c'est leur titre de gloire, et c'est un devoir pour nous tous, qui profitons de la révolution inaugurée par l'Italie, de lui en témoigner notre reconnaissance. Il n'y a plus d'étranger en Italie; si nos intérêts ou nos plaisirs nous y appellent, nous y sommes traités comme les Italiens eux-mêmes; notre état, notre capacité, nos droits de famille y sont réglés par notre loi nationale, comme les Italiens sont régis par les lois de leur patrie. Si je me fais l'organe de ces sentiments de gratitude, c'est pour réparer l'oubli d'un auteur français, lequel, traitant spécialement du code civil italien et du code Napoléon, aurait dû, dans cette étude de législation comparée, montrer le progrès qu'avait accompli le législateur italien et lui en rendre hommage, tandis

qu'il garde un silence absolu à cet égard, de sorte que l'on pourrait croire que le code d'Italie est une copie du code Napoléon (1). Serait-ce vanité française? Il me répugne de le croire. Chaque peuple a sa mission qu'il tient de Dieu et chaque nation a sa grandeur. Le rôle de la France, dans la vie de l'humanité, est assez beau pour qu'elle ne doive pas envier les services que d'autres peuples rendent à la cause de l'humanité. Toujours est-il bon de rappeler que le code Napoléon a été réactionnaire à certains égards; infidèle à la glorieuse initiative de 1789, il est retourné à la tradition du vieux régime. Si la France veut rester à la tête de la civilisation, elle doit se hâter de mettre son code civil en harmonie avec les idées nouvelles; l'Italie l'a devancée dans cette voie du progrès, la Belgique va suivre cet exemple; bientôt la France comptera parmi les retardataires. Ceci n'est pas un reproche : c'est la voix d'un ami et d'un admirateur qui appelle la grande nation à rentrer dans la voie que la Providence lui a tracée, en cherchant sa grandeur, non plus dans la vaine gloire des armes, mais dans le progrès matériel, intellectuel et moral.

60. On a dit, dans la discussion du code italien, que le principe de nationalité ferait le tour du monde. Telle est aussi ma conviction. Jusqu'ici toutefois, l'Italie n'a point trouvé d'imitateurs. Je ne sais par quelle singulière illusion un jurisconsulte italien a écrit que la Belgique a reconnu le principe du statut personnel (2). Nous sommes encore régis, au moment où j'écris ces lignes, par le code Napoléon; toutefois, M. Fiore a bien auguré des sentiments et des idées qui règnent en Belgique : chargé par le ministre de la justice de préparer un avant-projet pour la révision du code civil, j'y ai inscrit les principes que le législateur italien a formulés et je ne doute pas que le législateur ne suive ses traces.

61. Le code prussien porte : « Les qualités personnelles et les facultés d'une personne sont réglées par les lois de

(1) Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon. Études de législation comparée*, 2e édition, 1868, t. I, p. 18-21.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 87.

la juridiction sous laquelle elle a son domicile réel. — Cette loi, antérieure à la codification française, est également plus large que le code Napoléon; elle comprend les étrangers et les indigènes sous l'expression générale de *personnes*, et pour qu'il ne restât aucun doute sur ce point, le législateur a ajouté une disposition expresse, qui déclare que le principe du statut personnel est applicable à l'étranger. Le principe est formulé dans les termes les plus généraux; il ne concerne pas seulement l'état abstrait, il s'applique aussi aux *facultés*, ce qui s'entend, comme le code prussien le dit ailleurs, de la *capacité d'agir*. En ce point, le code prussien est d'accord avec le code Napoléon et avec le code italien. Il est plus explicite que le code français, quant au statut personnel de l'étranger; en le mettant sur la même ligne que l'indigène, les lois de Prusse et d'Italie préviennent l'invasion d'une doctrine destructive du droit, celle de l'intérêt. Toutefois le législateur prussien prescrit des mesures pour sauvegarder les intérêts des nationaux; j'y reviendrai.

Le code prussien était sous les yeux des auteurs du code Napoléon; le premier consul l'avait fait traduire pour qu'il pût être consulté. On n'y eut guère recours, peut-être ne se donna-t-on pas même la peine de le lire. C'est un mal, surtout quand il s'agit du droit international privé. La disposition qui assimile l'étranger à l'indigène méritait d'être adoptée, mais elle contrariait l'esprit réactionnaire qui dominait au conseil d'Etat, sous l'influence de Bonaparte. On n'en tint aucun compte ou l'on n'y fit pas attention. Sans doute, les lois ne doivent pas être transportées facilement d'un pays à un autre; il faut voir, avant tout, si elles sont ou non l'expression d'idées et de mœurs particulières; on peut imiter les lois, on n'imite pas le caractère national. Mais il y a aussi des règles universelles de leur nature; telles sont celles du droit civil international; en cette matière, il est bon que le législateur s'enquière de ce qui se fait ailleurs et de s'y conformer quand la loi étrangère est fondée sur la justice qui doit régner partout; c'est ainsi que se prépare le règne

du droit dans les relations privées des hommes, à quelque pays qu'ils appartiennent.

Le code prussien a devancé le code italien en admettant le statut personnel de l'étranger; mais il y a apporté une restriction, dans l'intérêt des indigènes avec lesquels l'étranger contracte, j'y reviendrai; tandis que le législateur italien, plus confiant et plus généreux, n'a considéré que sa qualité d'homme et l'a placé, en conséquence, sur un pied d'égalité parfaite avec le citoyen. Il y a encore un autre point sur lequel la loi italienne mérite la préférence : elle reconnaît la nationalité de l'étranger en même temps que sa personnalité, ce qui est l'expression d'une vérité éternelle, car la personnalité humaine n'est pas une abstraction, elle se manifeste par l'existence au sein d'une nation et par suite elle est inséparable du droit national. Le code prussien rattache, au contraire, le statut au domicile [1]; c'était, à l'époque où il fut rédigé, une règle universellement suivie. On ne savait pas encore ce que c'était que le principe de nationalité ; il faut ajouter, hélas! que la Prusse, de complicité avec la Russie et l'Autriche, venait de commettre un attentat contre une nation ; le partage de la Pologne n'est rien moins qu'un meurtre. Le crime a eu un funeste retentissement, il pèse encore aujourd'hui sur la conscience des coupables; de quel droit revendiquent-ils leur nationalité quand ils foulent aux pieds une nationalité tout aussi sacrée que celle de la nation allemande?

62. Le code autrichien établit aussi l'égalité entre les étrangers et les nationaux, en ce qui concerne leur statut personnel, et il entend par là, non point la capacité abstraite, mais la faculté d'agir, de contracter. On voit que la distinction entre l'état et la capacité, que des jurisconsultes allemands ont imaginée, ne trouve aucun appui dans les législations allemandes; c'est une théorie étrangère à la vie réelle. Le législateur ne s'occupe pas d'abstractions et quand il parle de l'*état*, il veut régler les actions humaines ; le code autrichien ne laisse aucun doute sur ce

1. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 141-144. Schaeffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, § 46, p. 60.

point, puisqu'il parle expressément de la faculté de faire des actes juridiques. Il ne peut être question du principe de nationalité dans la législation autrichienne, puisque l'empire est composé de peuples de race diverse : Slaves, Magyars, Roumains, Allemands, Italiens jadis, y coexistent, plutôt qu'ils ne vivent d'une vie commune. Les Italiens ont rompu ce lien factice ; n'en sera-t-il pas de même, tôt ou tard, des autres nations ? Le domicile prend, en attendant, la place de la nationalité (1).

63. Mon intention, en parlant des législations, n'est pas d'épuiser la matière ; je constate des principes plutôt que des faits. Fœlix a essayé d'être complet ; la chose est si difficile, qu'il ne faut pas s'étonner qu'il soit tombé dans des erreurs toujours regrettables, surtout dans une matière de droit positif, parce que l'ignorance de l'auteur peut tromper les parties intéressées qui le consultent. La science du droit international vient à peine de naître ; de là le silence que gardent les législations modernes sur des questions qui préoccupent si vivement la doctrine. Le royaume des Pays-Bas a continué à être régi par le code Napoléon après sa formation en 1815. Toutefois déjà pendant la réunion de la Belgique à la Hollande, on procéda à la revision du code civil, et le nouveau code civil allait être mis en vigueur, quand la révolution de 1830 rompit l'union. On revisa de nouveau le code qui venait d'être adopté. Les auteurs du code néerlandais ne paraissent point s'être doutés qu'il existât un droit international, bien que dans la littérature de cette science brillassent au premier rang les noms de Rodenburg, de Voet et de Huber. Le législateur semblait avoir oublié une tradition qui est un titre de gloire pour la Hollande. C'est ainsi que le code néerlandais maintint le droit d'aubaine, qui ne fut aboli qu'en 1869. Cependant Grotius avait constaté que les étrangers jouissaient dans les Provinces-Unies des mêmes droits que les nationaux. En Belgique aussi, le droit d'aubaine n'était pas pratiqué jadis dans les Flandres, et, je sup-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 144 et 145 Schäffner, *Die Entwickelung des internationalen Privatrechts*, § 44, p. 50.

pose, par la même raison : nos vieilles cités, si puissantes par l'industrie et le commerce, étaient intéressées à favoriser les étrangers. L'oubli des traditions nationales explique aussi l'obscurité qui règne dans le code des Pays-Bas sur la question de savoir s'il reconnaît le statut personnel de l'étranger.

Ecoutons d'abord Fœlix. Il commence par transcrire l'article 6 du code néerlandais qui est ainsi conçu : « Les lois concernant les droits, l'état et la capacité des personnes obligent les Néerlandais, même lorsqu'ils se trouvent en pays étranger. » C'est la reproduction de l'article 3 du code Napoléon, sauf que l'on a ajouté le mot *droits*. Pourquoi cette addition? Ici commence déjà, sinon le doute, du moins l'obscurité. Lors de la discussion du projet de code, dans la seconde chambre des Etats généraux, M. Nicolaï chercha à expliquer la légère modification que l'on apportait au code français. L'orateur avoue que l'addition du mot *droits* n'était pas indispensable, puisque le mot *capacité* suffisait et avait suffi jusqu'ici. Mais l'on crut que la loi pourrait accorder à un Belge une capacité plus ou moins étendue, et l'on a pensé que dans le cas où la *capacité* ne serait pas *générale* et *indéfinie*, l'expression *droits* énoncerait avec plus d'exactitude l'intention de la loi qui, dans la supposition d'une capacité modifiée (comme celle de l'article 904 du code Napoléon), s'applique plutôt à un droit *négatif* qu'à un droit *positif*. L'explication n'éclaircit guère le texte. Cela importe peu, du reste, en ce qui concerne le statut personnel du Néerlandais, puisque l'on convient que l'article 6 ne modifie pas le code français; mieux valait alors le laisser intact.

Fœlix continue et dit que le code néerlandais n'applique pas aux étrangers qui se trouvent dans les Pays-Bas le principe du statut personnel; l'article 9, loin de leur reconnaître le statut de leur loi nationale en ce qui concerne leurs droits, état et capacité, les soumet en tout à la loi néerlandaise. En effet, l'article 9 porte : « Le droit civil du royaume est le même pour les étrangers que pour les Néerlandais, tant que la loi n'a pas expressément établi le contraire. » M. Asser, professeur en droit à

Amsterdam, et l'un des fondateurs de la *Revue du droit international* qui parait à Gand, donne une autre interprétation de l'article 9. Le code dit d'abord (art. 6) que le statut personnel suit le Néerlandais partout où il se trouve; puis il déclare que le *droit civil* est le *même* pour les Néerlandais et les étrangers : il reconnaît donc aussi le statut personnel des étrangers, le principe de l'article 6 faisant nécessairement partie du *droit civil*. M. Asser ajoute que la question est très controversée en Hollande, la doctrine est divisée; la jurisprudence presque unanime s'est prononcée en faveur du statut personnel de l'étranger (1).

S'il m'était permis d'intervenir dans ce débat, je dirais que le code ne tranche point la difficulté du statut personnel de l'étranger, par la raison très simple qu'il ne s'en occupe pas; il la passe sous silence, comme le fait le code Napoléon. Le texte et les discussions sont en ce sens. L'article 9 du code néerlandais décide la question de savoir si l'étranger jouit des droits civils. On sait que le code Napoléon ne donnait la jouissance des droits civils à l'étranger que sous la condition d'une réciprocité établie par traité. C'était déserter la tradition de l'Assemblée Constituante et reculer jusqu'à une époque où le droit n'existait entre les peuples qu'en vertu d'une convention internationale. Qu'a fait le législateur néerlandais? Il rejette, en principe, le système de réciprocité, et assimile l'étranger à l'indigène, en lui accordant les mêmes droits civils, sauf les exceptions que la loi pourrait établir; le code des Pays-Bas admet, en effet, une exception pour le droit de succession. Ainsi l'article 9 de ce code déroge à l'article 11 du code Napoléon, il n'a rien de commun avec l'article 3 du code français : c'est dire qu'il est étranger à la matière des statuts. On ne peut donc pas l'invoquer pour le statut personnel, comme le fait M. Asser, ni contre, comme le fait M. Oproomer. Il y a silence de la

(1) Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, p. 75 (de la 4e édition). Asser, dans la *Revue du droit international*, t. I, p. 115-118. Oproomer, *Aanteekening op de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving* (Leyden 1848) p. 33 et suiv.

loi. C'est en ce sens que M. Nicolaï a expliqué la disposition de l'article 9, lors de la discussion, il ne dit pas un mot du statut personnel de l'étranger, il parle de l'antique hospitalité batave, qui accordait aux étrangers les mêmes droits qu'aux nationaux. Cette considération justifie l'article 9; elle ne concerne pas la question des statuts.

Que faut-il conclure du silence de la loi? Telle est la vraie difficulté. A mon avis, il ne faut pas isoler le code néerlandais, ce n'est pas une loi entièrement nouvelle, c'est une revision du code Napoléon; les dispositions empruntées à ce code doivent donc être interprétées dans le sens qu'on leur donne en droit français. Or, sauf le dissentiment de quelques auteurs, la doctrine et la jurisprudence s'accordaient à admettre le statut personnel de l'étranger; la question de l'*intérêt français* n'avait pas encore été soulevée. A l'époque ou le projet de code fut présenté au sein des Etats généraux, il n'y avait pas de controverse sur le statut personnel de l'etranger, cela explique le silence de la loi. Il faut ajouter que la science aussi ne s'occupait pas encore de cette grave matiere; on aurait dû remonter jusqu'aux travaux des statutaires; et en rédigeant le nouveau code, personne ne songeait a Rodenburg, à Voet et à Huber. On avait tort, sans doute; la tradition nationale ne doit jamais être négligee quand il s'agit de faire un code national. Toujours est-il que, dans le silence de la loi et des travaux préparatoires, il ne reste qu'un moyen de combler la lacune que présente le code neerlandais, c'est de suivre l'interprétation que l'on donnait à l'article 3 du code Napoléon, c'est-à-dire de maintenir le statut personnel de l'étranger.

61. Je n'ose pas m'aventurer sur le terrain des législations lointaines, alors que je puis à peine affirmer quelle est la regle etablie par le code des Pays-Bas, bien que ce code fût destiné à régir la Belgique. Fœlix dit que les lois russes ne reconnaissent pas le statut personnel de l'étranger; car les dispositions qu'il vise concernent uniquement la jouissance des droits civils. Le savant légiste ajoute que le code russe (traduction de M. de This, 1841) ne contient aucune disposition analogue a celle du code

Napoléon, article 3. D'autre part, dans une espèce d'enquête ouverte par l'Institut du droit international, les jurisconsultes russes ont répondu que la capacité personnelle de l'étranger en Russie est régie par les lois de la nation à laquelle il appartient (1). A qui faut-il croire? M. Asser, le rapporteur, ne dit pas quelles sont les autorités invoquées par les correspondants de l'Institut; de sorte qu'il s'agit d'une affirmation non motivée. Je préfère m'abstenir.

65. Je termine mon enquête par la législation des cantons suisses. Ici au moins nous avons des textes de lois. Je me permets de recommander à tous les législateurs la disposition du code de Berne ainsi conçue : « Les lois civiles s'appliquent aux personnes et aux choses soumises à la souveraineté de l'Etat. Toutefois les citoyens bernois à l'étranger, et les étrangers à Berne, seront jugés, quant à leur capacité personnelle, d'après les lois de leur patrie respective. » Voilà qui est clair et net. Le statut personnel est reconnu pour tous les hommes, et dépend de leur loi nationale. J'ai cependant une réserve à faire, au point de vue des principes du droit international privé, tels que je les expose dans ces Etudes. Le code du canton de Berne pose comme règle que les lois sont réelles, c'est la vieille maxime de la réalité des coutumes; puis il admet une exception pour le statut personnel, qu'il désigne sous le mot de *capacité*. C'est la doctrine des statutaires que j'ai appelés réalistes, parce qu'ils donnent tout à la réalité. Le code bernois nous ramène donc à d'Argentré et aux réalistes belges et hollandais; c'est reculer de trois siècles.

On doit s'attendre à de singulières bigarrures dans les lois des divers cantons suisses. Le canton d'Argovie a cru bien faire en reproduisant les dispositions du code autrichien : est-ce un souvenir de l'antique lien qui rattachait la Suisse à l'Autriche? Les cantons français, au contraire, Vaud et Genève, reproduisent les dispositions du

(1) Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, p. 76 et suiv., et p. 77, note 1. *Revue du droit international*, t. VII, p. 401 et suiv.

code Napoléon. L'exemple ne valait guère mieux, les auteurs du code français ayant trouvé bon de ne rien dire du statut de l'étranger, ce qui laisse au juge une latitude trop grande (1).

N° 2. LES THÉORIES ALLEMANDES.

I. *Pütter. Wächter.*

66. Les Allemands sont féconds en systèmes, c'est un besoin de leur nature; l'individualisme germanique, qui joue un si grand rôle dans l'histoire, se manifeste aussi dans le domaine de la science. C'est une excellente tendance, puisqu'elle porte les esprits à l'innovation et, par conséquent, au progrès. Mais le bien, comme toujours, à raison de l'imperfection humaine, a un revers. Chaque auteur veut avoir sa théorie; et comme le nouveau est rare, la prétendue nouveauté est parfois une vieille doctrine à laquelle on met un nouvel habit. J'ai parlé du réalisme dans l'histoire du droit international privé (2); c'est une théorie fondée sur la souveraineté, mais elle l'exagère en la considérant comme illimitée et exclusive. Des esprits vigoureux se sont plu à cette idée : d'Argentré en France, Bourgoingne en Belgique, Voet dans les Provinces Unies, Hert en Allemagne. C'était une maxime féodale que les coutumes sont réelles; voilà pourquoi les peuples dont le droit est resté imprégné de féodalité sont aussi réalistes; la plus forte des races, les Anglo-Américains sont réalistes; pour eux il n'y a qu'une loi, la *common law*, ils ne veulent pas en connaître d'autre. Quand on pousse cette idée à bout, on arrive à la négation de tout droit entre les nations; mais, comme les peuples ne peuvent pas vivre dans l'isolement, on remplace le lien du droit par la courtoisie internationale.

Tel est le réalisme dans l'histoire de notre science. Il a trouvé un défenseur en Allemagne. Putter, en voulant

(1) Fœlix, *Droit international*, t. I, p. 76 et 78; Schäffner, *Das internationale Privatrecht*, p. 60 et suiv.
(2) Voyez le tome Ier de ces Études, p. 335 et suiv.

élever un fait historique à la hauteur d'une théorie, en a démontré la fausseté. Le légiste allemand commence par tronquer l'histoire. Il croit que les anciens statutaires n'avaient imaginé leur théorie que pour les provinces d'un même Etat (1). Cela n'est pas exact. Il est vrai que c'est le conflit des statuts locaux en Italie qui porta les glossateurs à scruter la nature des lois que l'on appela personnelles parce qu'elles étaient attachées à la personne. Il paraissait par trop choquant que le même individu fût majeur et capable d'après la loi de sa cité, et que dans une cité voisine il fût mineur et incapable. Mais les glossateurs ne limitèrent pas leur théorie de la personnalité aux coutumes d'Italie : ils citent les coutumes de France et d'Angleterre, et ils leur appliquent les principes qu'ils avaient établis pour les statuts des villes italiennes. Il en est de même des jurisconsultes français ; ils ne font aucune distinction entre les coutumes de France et celles de Belgique et des Provinces-Unies. Si le conflit entre les législations des divers Etats n'était pas plus fréquent, c'est que les relations internationales étaient rares. Du reste, il n'y avait aucune raison de faire une différence entre les grands Etats et les petits Etats qui jadis partageaient la France, l'Italie, l'Allemagne ; la souveraineté ne change point d'après la grandeur des Etats ; toutes coutumes étaient réelles, c'est-à-dire, souveraines, comme expression des anciennes souverainetés locales, et c'est à ces lois souveraines que les statutaires admettaient une exception en faveur de la personnalité des statuts qui réglaient l'état et la capacité des personnes. L'exception était générale, universelle comme la règle.

Pütter est imbu, on peut dire possédé de l'idée de la puissance souveraine de chaque Etat. On dirait que la souveraineté est toujours ce qu'elle était sous le régime barbare et au moyen âge ; chaque propriétaire est souverain, et chaque baron est roi dans sa baronnie, par la grâce de Dieu, et la propriété est un pouvoir absolu ; un de ses caractères est le droit d'exclusion, le maître peut

(1) *Das praktische europäische Fremdenrecht*, von Pütter, professor der Rechtswissenschaft (Leipzig, 1845), p. 4.

exclure de sa terre quiconque y voudrait mettre le pied ou l'œil. Telle est aussi, d'après Putter, la souveraineté de l'Etat. Il ne veut pas même que l'on étende aux Etats souverains la maxime d'après laquelle la forme des actes est réglée par la loi du lieu où l'acte se passe ; ce serait, dit-il, une dérogation à la souveraineté que de reconnaître la validité d'un acte reçu à l'étranger, quand cet acte concerne un bien soumis à la souveraineté exclusive du maître (1). Le légiste allemand ne se demande jamais si la souveraineté, telle qu'il la conçoit, a une raison d'être. Que le propriétaire dise : Telle est ma volonté, et que ma volonté tienne lieu de raison (2); cela se comprend. Mais un souverain ne peut pas tenir ce langage; sa souveraineté est une mission; y est-il porté atteinte parce qu'on reconnaît la force probante d'un acte qui a été fait à l'étranger d'après les formes locales, et que la partie intéressée n'a pas pu faire dans une autre forme?

Quelle sera la condition des étrangers dans le système de souveraineté absolue? Chaque Etat gouverne les étrangers, comme les nationaux, avec plein pouvoir; ils sont sur le territoire qui appartient au souverain, donc il en peut disposer comme il veut (3). Au moyen âge, on disait que l'air asservit. Le jurisconsulte allemand dit que l'étranger est dans la main du prince, c'est sa chose. Cette souveraineté illimitée a aussi son revers. Si les nationaux vont à l'étranger, comment les y traitera-t-on? Egalement comme des choses, c'est le droit de représailles, et les représailles sont de bonne guerre. Ainsi les peuples vivent entre eux dans un état de guerre; c'est reculer encore au delà du moyen âge, jusqu'à une époque où l'étranger était réputé ennemi et, comme tel, de bonne prise, lui et tout ce qui lui appartenait. Cela justifie non seulement le droit d'aubaine, mais aussi le droit de naufrage : l'homme est un loup pour l'homme (4).

Je suis sûr que l'auteur allemand aurait reculé épou-

(1) Putter, *Fremdenrecht*, p. 20, note.
(2) « *Hoc volo, sic jubeo ; sit pro ratione voluntas.* » (Juvénal.)
(3) Putter, *Fremdenrecht*, p. 26.
(4) « *Homo homini lupus.* » Plaute.

vanté devant ces conséquences; mais les faux principes ont leur logique, comme la vérité a la sienne. Putter est inconséquent en admettant que l'Etat doit *justice* à l'étranger; un maître absolu ne doit rien, il n'a pas d'obligations, il n'a que des droits. Sur quoi fonde-t-il cette dérogation à la puissance souveraine? Sur le droit des gens chrétien. Il serait peut-être difficile de trouver ce droit des gens dans l'Evangile. Mais si la nouvelle loi est muette, ouvrez l'ancienne; vous trouverez dans la Bible une loi de Moïse en faveur de l'étranger (1). Il y a encore une difficulté, c'est que la science allemande a dépouillé Moïse de son auréole de législateur, en prouvant qu'il n'est point l'auteur des lois qu'on lui attribue. Il faut donc laisser là l'Evangile et la Bible. Et alors que reste-t-il? Le pouvoir absolu de l'Etat.

Il va sans dire que Putter n'admet pas de statut personnel. C'est une erreur des savants. On applique à l'étranger la loi du pays où il se trouve. L'auteur cite des lois territoriales qui ne témoignent guère pour le souverain qui les a portées. Il y a des pays où, pour être reçu chanoine, il faut faire preuve de seize quartiers de noblesse. Est-ce aussi un article du droit des gens chrétien? Question de savoir si l'on peut se prévaloir des ancêtres étrangers? Il paraît que oui, sauf que l'on exclut les ancêtres polonais et français (2).

Je crois inutile de poursuivre cette analyse; ce n'est pas pour le plaisir de critiquer que je l'ai faite. La souveraineté absolue joue un si grand rôle dans la science du droit international privé! Il fallait absolument la combattre; je me proposais de le faire, mais ces abstractions n'auraient guère été du goût des lecteurs auxquels je m'adresse. Il m'a semblé que quelques traits empruntés à la théorie de la souveraineté absolue de Putter répondaient mieux à mon but. C'est comme la satire de la souveraineté illimitée, et on ne peut pas la récuser puisqu'elle est écrite par un partisan de la puissance souveraine. On va voir que la critique n'est pas inutile; les idées qui font

(1) Pütter, *Fremdenrecht*, p. 27.
(2) Pütter, *Fremdenrecht*, p. 31 et 32.

une si singulière figure chez Pütter se retrouvent chez un jurisconsulte éminent. Heureusement que ce n'est qu'une abstraction ; les conséquences auxquelles Wächter aboutit sont à peu près celles de la science moderne.

67 Le nom de Wachter est peu connu en Belgique et en France ; il mérite que l'on fasse connaissance avec lui. Je ne connais pas de traité de droit international privé qui vaille la dissertation qu'il a publiée dans une revue juridique sous le titre : *De la collision des lois privées des divers Etats* (1). La science de Wachter est prodigieuse. Il connaît tous les ouvrages publiés en Allemagne sur notre science ; le nombre en est grand, et autant d'auteurs, autant de systèmes. Pour se retrouver dans ce labyrinthe, il fallait plus que de la science, il fallait l'esprit pénétrant d'un jurisconsulte consommé. Wachter n'a point les défauts des écrivains allemands ; son style est aussi clair, aussi précis que sa pensée. Si j'ose le combattre, on ne doit pas m'accuser de présomption ; je marche sur les traces d'un guide qui trompe rarement ceux qui le suivent. Savigny a fait la critique du principe de Wachter, ce qui ne veut pas dire que tout soit faux dans la théorie qu'il rejette : la dissertation du jurisconsulte allemand est un trésor de science et de bon sens ; on s'instruit toujours en y recourant, alors même que l'on ne partage pas l'avis de l'auteur : ce qui est la marque d'un esprit supérieur.

Pour ne pas s'égarer dans le dédale des difficultés auxquelles donne lieu le conflit des lois qui régissent les divers pays, il faut un principe servant de fil conducteur. Wachter commence par établir un principe qu'il applique ensuite aux diverses matières. En apparence, c'est une règle pratique ; mais les Allemands ont un penchant invincible pour la théorie, et alors même que ce sont des praticiens qui écrivent sur le droit, matière pratique de son essence, la théorie s'y mêle. C'est ce qui est arrivé à Wachter, le moins théoricien des jurisconsultes allemands.

(1) Wachter, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*. (Dans l'*Archiv fur civilistische Praxis*, t. XXIV et XXV, 1841 et 1842.

Il pose comme principe que le juge ne peut appliquer que les lois de son pays, et qu'il n'a le droit d'appliquer les lois étrangères que si le législateur lui en donne le pouvoir (1). Au point de vue pratique, cela paraît d'évidence. Il est certain que la mission du juge est d'appliquer les lois ; ces lois sont naturellement celles qui émanent du pouvoir législatif, auquel il doit obéissance en vertu du serment qu'il prête, et ce serment, il ne le prête pas à un législateur étranger. Il est certain encore que si une loi nationale défendait au juge d'appliquer une loi étrangère, il n'en pourrait faire l'application. J'ai dit, dans l'Introduction à ces Etudes, qu'il ne s'était jamais trouvé qu'un seul auteur qui eût contesté le devoir d'obéissance du juge; cette opinion n'a d'autre valeur qu'un mérite de singularité, on ne la cite qu'à ce titre (2). Mais, quoique évident, le principe formulé par Wachter n'est pas d'un grand secours dans la pratique. Les lois, en général, gardent le silence sur le conflit des législations, le législateur ne pense qu'aux nationaux, auxquels il a le droit de commander. Que fera, dans ce cas, le juge si des étrangers figurent dans le débat, ou si le fait juridique s'est consommé hors du territoire, ou si les biens qui font l'objet de la disposition sont situés en pays étranger? Wachter a prévu l'objection ; voici sa réponse. Le juge consultera l'intention du législateur. Si la loi est de telle nature qu'elle puisse et doive recevoir son application à l'étranger par voie d'analogie, le juge l'appliquera, quand même elle serait contraire à la loi personnelle de l'étranger ; tandis qu'il n'appliquera pas la loi nationale si, dans la pensée du législateur, elle ne doit recevoir son application qu'aux nationaux, de sorte que, implicitement, sa volonté est que l'étranger soit régi par son statut personnel (1).

Le principe de Wachter, pratique en apparence, et faisant au juge une loi de n'appliquer que le statut national, donne, en fait, aux tribunaux un pouvoir d'appréciation, tel, qu'il dépend d'eux d'appliquer la loi nationale ou la loi

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 236-240, 264.
(2) Voyez le t. Ier de ces Etudes, Introduction, nº 34.

étrangère. Il faut supposer d'abord le silence de la loi, ce qui sera la regle. Le juge se mettra à rechercher la volonté du législateur. Mais est-il bien sûr que le législateur ait eu une volonté, en ce qui concerne le conflit des statuts ? Il est, au contraire, certain que le législateur n'aura pas songé au conflit; car s'il y avait pensé, il l'aurait vidé. Conçoit-on l'auteur d'un code qui, voyant devant lui une mer de doutes, s'abstient, garde le silence, au lieu de donner au juge un principe quelconque pour le guider? Eh bien, cette mer de doutes, c'est la matiere des statuts, elle va en s'élargissant tous les jours. Mais, pendant les premiers temps qui suivirent la codification, les relations des peuples furent presque complètement interrompues par la guerre permanente qui embrasait toute l'Europe ; comme les relations internationales étaient rares, il n'y avait guère de procés sur le conflit des lois étrangères. Cela explique le silence du code des Pays-Bas sur le statut personnel de l'étranger, c'est-a-dire sur tout le droit international privé. Dans le silence des lois, Wachter veut que le juge s'enquière de la volonté du législateur. Et si le législateur n'a rien voulu, parce qu'il n'a pas pensé au conflit des législations? A quoi aboutira alors l'esprit de la loi, d'après lequel le juge doit décider le procès ? C'est le juge qui supposera que si le législateur avait pensé au conflit, il l'aurait tranché dans le sens de la réalité ou de la personnalité. Ce n'est plus la ce qu'on appelle l'esprit de la loi, c'est une simple conjecture, le juge dira que l'esprit de la loi est pour la réalité, si lui-même appartient à l'école réaliste, et il dira que l'esprit de la loi est pour la personnalité, s'il partage l'opinion de ceux qui admettent le statut personnel et qui sont disposés à l'etendre. En définitive, sous le nom d'esprit de la loi, nous aurons l'opinion personnelle du juge, et il se décidera en faveur de la doctrine qui lui paraîtra la plus conforme à ses idées Ainsi, le principe pratique de Wachter nous conduit au sentiment individuel du juge. Ce n'est plus la un principe pratique, c'est le règne désordonné de la théorie ; le juge, dans chaque espèce, fait la loi d'après son système.

68. Wächter ne va point jusque-là ; il cherche à limiter le pouvoir du juge. Dans le silence de la loi, le juge peut appliquer le statut étranger, si telle est la volonté tacite, il faudrait dire, la volonté présumée du législateur. Wächter demande que cette volonté soit certaine, ce qui est impossible et contradictoire dans les termes. C'est déjà une interprétation très chanceuse que de recourir à l'esprit de la loi quand il s'agit de l'appliquer aux rapports qu'elle a entendu régler, c'est-à-dire aux contestations du régime intérieur : pour s'en convaincre, on n'a qu'à consulter la doctrine et la jurisprudence sur des questions controversées : on trouvera autant d'opinions que d'interprètes. Que sera-ce s'il s'agit de rapports internationaux, auxquels régulièrement les auteurs de la loi n'ont pas même songé ? Ici la certitude fera place à l'incertitude la plus absolue. Wächter restreint, dans ce cas, le pouvoir du juge ; il veut que la contestation soit décidée par la loi nationale. De sorte que la règle sera que dans les affaires qui dépendent du droit civil international, le juge devra recourir à la loi du pays où le procès est intenté (1) : c'est la loi française ou allemande qui régulièrement sera appliquée. Ainsi Wächter aboutit à écarter le statut personnel au profit du statut réel. N'est-ce pas dire, comme le faisaient les réalistes, que toute coutume est réelle, c'est-à-dire souveraine ?

Cependant, le jurisconsulte allemand dit que la doctrine des statutaires est surannée (2). Dans la forme, oui ; les théoriciens modernes ne parlent plus de statuts réels et de statuts personnels, ils se gardent bien de dire que toute coutume est réelle. Mais pénétrez au fond de leurs doctrines, et vous y retrouverez les vieilles idées. Je viens de le constater chez Pütter, réaliste plus outré que d'Argentré. Eh bien, Wächter se rattache à la même école.

Que veut dire la maxime favorite des réalistes, que toute coutume est réelle ? Ils entendent par là que la loi est souveraine, et que cette souveraineté s'étend sur tout

(1) Wächter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 265, § 10.
(2) Wächter le dit aussi (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 270, § 11.

personnes et choses ; ils repoussent comme un ennemi toute invasion d'une loi étrangère (1). Wachter abonde dans cet ordre d'idées. Il reproduit le principe fondamental des vieux réalistes, la souveraineté absolue de l'État. Le législateur, dit il, n'est limité que par l'impossibilité physique ; il a le droit de faire tout ce qu'il veut, pourvu que tout ce qu'il veut soit physiquement possible (2). Voet ne tenait pas un autre langage ; il en concluait que la loi peut, à la rigueur, défendre à l'étranger de mettre le pied sur son territoire, et, à plus forte raison, le soumettre en tout à ses commandements, sans tenir aucun compte de son statut personnel. Il n'y a point de statut personnel dans le système du réalisme absolu ; la loi territoriale est toute-puissante.

Wachter dit, à la vérité, et il répète que le législateur ne veut pas tout ce qu'il *peut*. Mais pourquoi ? Est-ce parce qu'il n'a pas le *droit* de tout *vouloir*? Non certes, puisque son droit est absolu comme son pouvoir, il ne s'arrête que devant l'impossibilité physique. Qu'est-ce qui l'arrête donc ? Dans la théorie de la souveraineté absolue, il n'y a qu'une réponse à faire, celle que faisaient les réalistes : l'utilité réciproque des peuples. Les statutaires l'appellent *courtoisie* internationale ; il faut lire : l'intérêt de celui qui fait une concession pour qu'on lui fasse une concession en retour. C'est le contrat innomé des jurisconsultes romains : *Do ut des*. Rien de mieux quand il s'agit de régler des intérêts particuliers. Mais est-ce là la mission du législateur? Il ne statue jamais dans un intérêt individuel, sa mission est plus haute, il est l'organe de la justice, et la justice est la voix de Dieu qui ne calcule pas et qui ne spécule pas.

60. Que devient le droit civil international dans la théorie de Wachter ? Logiquement, elle aboutit à nier tout statut de l'étranger, à tout régler par la loi territoriale, ce qui veut bien dire qu'il n'y a point de droit international privé. C'est le reproche que Savigny fait à Wachter;

(1) Voyez le t. Ier de ces Études, p. 389, nº 275.
(2) Wachter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 311.

seulement il a tort de ne pas attaquer le principe qui est la base du réalisme, la souveraineté absolue (1). Savigny, le célèbre professeur de Berlin, ne scrute pas la nature de la souveraineté ; il s'en tient à un de ses caractères qui touche directement au droit civil international. Les réalistes disaient, et l'on répète toujours, que la souveraineté est indivisible ; que la diviser, ce serait la détruire ; d'où ils concluaient qu'elle est exclusive, et elle cesserait de l'être si l'on admettait à un titre quelconque une loi étrangère à côté de la loi nationale. Qu'au point de vue politique la souveraineté ne se divise point et qu'elle exclue toute souveraineté étrangère, cela est d'évidence, dans l'organisation, ou pour mieux dire, dans la désorganisation actuelle du genre humain. Peut-être faudrait-il ajouter qu'il en sera toujours ainsi ; en tout cas, l'union politique du genre humain est reculée dans un si lointain avenir, que l'on n'en peut tenir aucun compte. Mais il n'en est pas de même sur le terrain du droit privé. Déjà l'on admet partout que l'étranger est un être capable de droits, au même titre que l'indigène : ils sont hommes l'un et l'autre, leurs facultés sont identiques, donc leurs droits doivent aussi être les mêmes. Or, y aurait-il égalité entre les étrangers et les nationaux si les premiers étaient soumis à des lois qui ne sont pas l'expression de leurs sentiments, de leurs idées, de leurs besoins ? Ce serait, au contraire, une inégalité criante. En ce qui concerne les droits privés, rien n'empêche que l'égalité entre tous les hommes soit complète, car ces droits n'ont rien de commun avec la puissance souveraine ; ils concernent l'homme et non le citoyen ; or, les hommes sont incontestablement unis par les liens de la nature, ils doivent aussi être unis par les liens du droit. C'est ce que Savigny appelle la communauté de droit. Elle implique que chaque homme soit jugé partout par sa loi personnelle ou nationale, si la nature du fait juridique l'exige. Que devient cette communauté de droit dans la doctrine de Wachter ? Elle est incompatible, en théorie, avec la souveraineté exclusive

(1) Voyez le t. Ier de ces Études, n° 417.

des divers Etats. Quant à la courtoisie internationale qui la remplace, c'est lui faire trop d'honneur que de la considérer comme une théorie juridique : l'intérêt n'est pas une théorie, c'est un fait (1).

90. En apparence, il y a opposition radicale entre le principe de la souveraineté absolue de Wachter et la communauté de droit de Savigny. La contradiction serait invincible, si l'on poussait le principe jusque dans ses dernières conséquences. Mais les réalistes eux-mêmes, et les plus outrés, n'osaient pas aller jusqu'au bout. D'Argentré et Bourgoingne admettaient le statut personnel de l'étranger, donc l'application d'une loi étrangère. Voet, plus logique, niait le statut personnel, en théorie, mais il avouait que sa théorie était impraticable, puisqu'elle aboutissait à isoler tous les Etats comme s'ils étaient entourés d'un mur chinois ; ce qu'il rejetait à titre de droit, il l'admettait à titre de courtoisie. Les concessions que les réalistes étaient obligés de faire prouvent que leur souveraineté absolue n'est qu'une abstraction; la vie réelle et ses nécessités y répugnent, et les nécessités de la vie ne font-elles pas partie du droit ? C'est tout le droit, puisque le droit est une face de la vie. Cependant, le réalisme le plus excessif a une part de vérité. La communauté de droit entre les hommes n'empêche point que les Etats entre lesquels l'humanité est partagée soient souverains. Et la souveraineté est aussi un droit, c'est le droit suprême, puisqu'elle est une condition de l'existence des sociétés, et sans la société, les hommes ne pourraient pas vivre ni atteindre le but que Dieu leur a assigné, en leur donnant comme loi le perfectionnement intellectuel et moral. C'est dire que la communauté de droit ne regarde que les relations privées ; dès qu'elles touchent à un intérêt social, elles sont subordonnées à la loi territoriale, le droit que la société a de se conserver devant l'emporter sur les droits des particuliers. Telle est la conciliation de la souveraineté et de la communauté de droit. Je vais dire comment Wachter, tout en partant du principe de la sou-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 127-129.

veraineté, arrive à des conséquences qui se rapprochent de la doctrine de Savigny.

C'est la volonté tacite du législateur qui décide si les statuts sont réels ou personnels. Ils sont réels quand la conservation de la société est en cause ; ils sont personnels quand il s'agit de rapports privés auxquels la société n'est pas intéressée. Si l'on part de ce principe, satisfaction entière sera donnée à la souveraineté ; on peut dire qu'elle est absolue, exclusive, puisque, dans sa sphère, elle régit tout, personnes et choses, et elle exclut les lois étrangères qui porteraient atteinte à ses droits. Mais la souveraineté n'est pas intéressée dans les rapports d'intérêt privé; que lui importe par quelle loi sera réglé l'état des personnes? Le seul intérêt qu'elle y ait, c'est que l'état soit déterminé par la loi qui est compétente pour apprécier la capacité de la personne; or, cette loi est évidemment la loi personnelle ou nationale de l'étranger. Dans cet ordre d'idées, il sera très facile d'apprécier la volonté du législateur, bien qu'il ne l'ait pas exprimée. S'agit-il d'un droit social, de la conservation de la société ou de son perfectionnement, la loi n'a pas besoin de parler, tout cède à cet intérêt suprême : la loi territoriale exclut la loi étrangère. S'agit-il d'un droit privé, d'un intérêt particulier, on ne peut pas supposer que le législateur veuille régler des rapports qu'il n'a ni qualité ni mission d'apprécier : aurait-il la prétention de savoir mieux que la loi italienne quelle est la capacité d'un Italien? Donc sa volonté certaine est d'abandonner à la loi étrangère le règlement de ce qui concerne l'état des étrangers. Voilà comment le système de Wachter se concilie avec la communauté de droit de Savigny.

71. Il va sans dire que Wächter ne formule pas sa théorie en ces termes, mais il y aboutit à peu près. Y a-t-il des lois personnelles, en ce sens qu'elles sont attachées à la personne et la suivent partout? L'affirmative est certaine en ce qui concerne l'état et la capacité des nationaux. Aux termes de l'article 3 du code Napoléon, ces lois régissent les Français même résidant en pays étranger. Tel est le droit commun; peu importe que le législa-

teur l'ait dit ou non, sa volonté ne saurait être douteuse, puisque les lois d'état sont l'expression de la personnalité humaine, telle que chaque législateur la conçoit et la détermine. Il est vrai que nous ne pouvons forcer les tribunaux etrangers de se conformer à nos lois, mais si le débat est porté devant nos tribunaux, ils jugeront d'après nos lois, quoiqu'il s'agisse d'un fait juridique qui s'est consommé à l'étranger.

Que faut-il dire du statut personnel de l'étranger? Nos juges devront-ils appliquer la loi étrangère, personnelle de l'étranger, qui règle son état et sa capacité? A entendre certains auteurs, il faudrait dire que le statut personnel de l'étranger est généralement reconnu. Il est facile à Wachter de détruire cette erreur; sa prodigieuse science le met à l'abri de l'illusion; il cite non seulement d'anciens auteurs, mais des écrivains modernes qui rejettent le statut personnel de l'étranger ou qui ne l'admettent qu'en partie, en le limitant à l'état abstrait, sauf à soumettre la capacité à la loi territoriale : les uns réputent majeur en vertu de la loi du territoire celui qui est mineur d'après sa loi personnelle : les autres, tout en le considérant comme mineur, déterminent par notre loi les effets des actes qu'il pose chez nous. Il y en a qui distinguent entre les meubles et les immeubles; pour les effets mobiliers, ils suivent la loi de la personne à qui ils appartiennent; mais quant aux immeubles, ils appliquent la loi de la situation, parce que c'est, d'après eux, une question de souveraineté. Wachter combat cette doctrine; il admet que si la loi concerne directement les immeubles, comme si elle défend aux Juifs de les acquérir, elle est teritoriale, c'est-à-dire réelle, de sorte qu'elle serait applicable aux Juifs étrangers, malgré leur statut personnel; mais quand il s'agit de savoir si un mineur étranger ou une femme étrangère peuvent aliéner leurs immeubles, il n'y a rien de réel dans ce débat, il dépend uniquement de la capacité, donc de la loi personnelle. Wachter combat encore la distinction traditionnelle des meubles et des immeubles : c'est une inconséquence; si les immeubles sont régis par la loi de la situation, on doit en dire autant des meubles.

Pour se tirer d'embarras, les légistes ont eu recours à une fiction; ils considerent les meubles comme ayant leur situation là ou se trouve le propriétaire (1). La fiction a été inventee pour le besoin de la cause; en réalité, la distinction n'a pas de raison d'être (2).

On pourrait croire que Wachter est d'accord avec les statutaires qui donnent à la personnalité plus qu'à la réalité, qu'il est de l'école de Bouhier plutôt que de celle de Voet. Il n'en est rien. Le savant jurisconsulte constate que, dans les temps modernes, la doctrine se prononce généralement pour le statut personnel de l'étranger, tel que le code Napoléon l'a consacré, c'est-a-dire que non seulement l'état de l'étranger, mais aussi sa capacité sont régis par la loi nationale. Mais les motifs que les auteurs donnent ne le satisfont pas; chacun a sa manière de voir, de sorte qu'ils se combattent l'un l'autre, tout en paraissant être d'accord. Wachter les combat tous; pour mieux dire, il s'en rapporte à J. Voet, le plus rude adversaire que le statut personnel ait trouvé dans l'ancien droit (3). Cela me dispense d'entrer dans ce débat. J'ai exposé les objections de Voet et j'y ai répondu. A mon avis, Voet et Wachter ne sont pas parvenus à ébranler les fondements du statut personnel. Chose remarquable, ni l'un ni l'autre n'ont compris les vraies raisons de la personnalité. Ils ont beau jeu, tant qu'il s'agit de refuter les mauvaises raisons que donnaient les statutaires. Ceux-ci, procédant du principe de la réalité des coutumes et de la souveraineté absolue du législateur, étaient en contradiction avec eux-mêmes, quand ils admettaient un statut personnel; il était facile de combattre une doctrine illogique et inconsequente. Voet combat le statut personnel au nom de la réalité des coutumes et de la souveraineté absolue, que ses adversaires admettaient comme lui; sur ce terrain, il est invincible; mais son argumentation s'écroule quand on nie le principe sur lequel elle s'appuie. La personnalité

(1) Wachter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 167 172

(2) Voyez le t. 1er de ces Etudes, p. 467, n° 319.

(3) Wachter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 167-171. Comparez le t. 1er de ces Etudes, p. 457, nos 313-328.

n'est pas une exception à la règle de la réalité. Il y a des lois personnelles de leur nature, comme il y a des lois réelles. L'école moderne a raison de dire que le statut personnel est inhérent à la personne, et qu'on ne saurait l'en séparer; si je suis mineur d'après mon statut personnel, c'est que les circonstances physiques, intellectuelles et morales au milieu desquelles je suis né et j'ai été élevé me rendent incapable jusqu'à un certain âge; est-ce que cette situation va changer, et d'incapable que je suis, deviendrai-je capable en me transportant dans un pays où les circonstances qui ont déterminé mon incapacité sont toutes différentes? C'est comme si l'on disait que l'impubère des pays du Nord devient pubère en mettant le pied dans un pays du Midi!

Wachter, imbu de sa théorie de souveraineté absolue, ne comprend pas, et il ne pouvait pas comprendre le statut personnel, qui semble porter atteinte à la puissance illimitée du législateur. Voilà pourquoi il confond à chaque pas les lois personnelles et les lois réelles. Faut-il demander, dit-il, si dans nos Etats, où règne la liberté, nous permettrons à un propriétaire d'esclaves d'exercer les droits personnels que lui donne l'esclavage? Non certes, et la raison en est très simple, c'est que la liberté est la base de notre constitution politique et de notre ordre civil; voilà une loi réelle dans toute la force du mot; elle l'emporte sur toute loi personnelle, comme le droit de la société l'emporte toujours sur le droit de l'individu. Accorderons-nous, continue Wachter, aux corporations religieuses étrangères les priviléges dont elles jouissent d'après leur statut personnel? Non certes, et pour plus d'une raison. D'abord, les corporations n'ont point de statut personnel; puis elles sont une dépendance de l'ordre politique; donc les lois qui les régissent sont essentiellement réelles. Il en est de même des priviléges du fisc étranger; c'est encore une personne civile, fictive, et toute fiction est réelle, en ce sens qu'il appartient au législateur de chaque Etat de la créer et d'en régler les effets, et ce qu'il statue n'a de force que dans les limites de son territoire. Wachter demande encore si, dans un pays où

les Juifs ne jouissent point de l'égalité civile, où on leur défend d'être propriétaires, on permettra à des Juifs étrangers d'invoquer leur statut personnel pour réclamer l'égalité. C'est toujours la même confusion. Tous les statuts qui tiennent à la liberté religieuse, civile et politique sont réels, parce qu'ils concernent le fondement de la société, et chaque société s'organise comme elle l'entend; voilà le domaine de la souveraineté, et qui l'a jamais contesté (1)? Les objections que Wachter puise dans de prétendues lois personnelles, contre la personnalité, se retournent contre lui, parce que ces lois forment, de l'avis de tout le monde, des statuts réels. Le jurisconsulte allemand méconnaît la distinction sur laquelle repose toute la théorie du droit international privé. Il y a des lois réelles, ce sont celles qui concernent la souveraineté, l'existence et la conservation de la société. Il y a des lois personnelles, ce sont celles qui concernent les droits des individus; la puissance souveraine n'y étant pas intéressée, elle les abandonne aux particuliers et aux lois qui les régissent.

Wächter est possédé de l'idée de souveraineté, il voit partout l'action du droit public. Toutes les dispositions, dit-il, qui concernent l'état des personnes tiennent au droit public. C'est une nouvelle confusion. Sans doute, ce n'est pas dans l'intérêt de telle ou telle personne que la loi fixe l'âge de la majorité, c'est par des considérations générales, puisées dans les circonstances physiques, intellectuelles et morales. En ce sens on dit que l'état est d'*ordre public*, et l'on en induit qu'il n'est pas permis aux particuliers d'y déroger. Autre est la question de savoir si les lois d'état sont personnelles ou réelles, c'est-à-dire si le législateur peut imposer les lois qu'il porte à raison de l'état social du peuple pour lequel il fait des lois, aux étrangers dont l'état social est différent et qui, à raison de ces différences, sont régis par des lois différentes. Ce sont là deux ordres d'idées qui n'ont rien de commun. L'*état* du *mineur* est d'*ordre public*, mais on ne dira pas que la société, son existence, sa conservation sont intéressées à

(1) Wächter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 172-174.

ce que la majorité des étrangers soit régie par les lois du pays où ils se trouvent. Ces lois n'ont pas été portées pour les étrangers, elles ont leur fondement dans des faits particuliers à chaque peuple : par leur nature même elles ne peuvent pas gouverner un état qu'elles n'ont pas eu pour objet de régler.

72 Je m'arrête si longtemps sur le système de Wachter, qui, pour les lecteurs français et belges, a peu d'intérêt, parce que la doctrine de la réalité règne dans le droit anglo-américain, et je veux lui enlever d'avance l'appui qu'elle trouve dans un jurisconsulte dont l'autorité est grande. Il ne peut être question d'un droit civil international tant que la science est divisée. L'harmonie doit d'abord s'établir dans le domaine de la pensée; ce n'est qu'à cette condition que l'on peut espérer que les idées gouverneront le monde. Tant que des hommes de la valeur de Wachter rejettent les bases mêmes de notre science, en niant la personnalité des lois, il faut renoncer à cet espoir. Je me hâte d'ajouter que l'auteur allemand, après avoir combattu tous les partisans du statut personnel, finit par l'admettre. Ceci est un fait considérable, et il n'est pas isolé. La même chose est arrivée à Voet, jurisconsulte éminent comme Wachter, et imbu comme lui de l'idée de la souveraineté absolue ; il commence par rejeter le statut personnel à titre de droit, et il finit par l'admettre à titre de courtoisie. Wächter va plus loin, il l'admet parce que tel est l'avis unanime des auteurs et de la jurisprudence; le principe de la personnalité est donc entré dans la conscience générale, il forme une de ces règles du droit commun qui constitue le droit allemand. C'est un immense progrès : il ne s'agit plus d'utilité, d'intérêt, sous le nom de courtoisie; la personnalité a conquis sa place dans la science du droit. Comment se fait-il que des jurisconsultes comme Voet et Wachter ont adopté, en quelque sorte malgré eux, un principe qu'ils combattent de toutes leurs forces? La nécessité à laquelle ils ont cédé n'est-elle pas la preuve la plus certaine de la vérité du principe qu'ils avaient commencé par nier? Quoi! voilà six siècles que la personnalité a été introduite dans la

science par les glossateurs; elle a fait son chemin à t
vers les luttes qu'elle a eu à soutenir contre la réalité
la souveraineté des coutumes, et elle sort victorieuse
ces combats séculaires. N'est-ce point une marque pal
ble de vérité? En effet, dire, comme le fait Voet, que
souveraineté absolue est impraticable, n'est-ce pas avou
qu'elle est fausse? Et avec ce fondement de la réalité d
lois, tout l'édifice s'écroule. Wachter est obligé de reco
naître le statut personnel comme droit commun. C'e
l'aveu de la défaite définitive de la réalité féodale, é
l'aveu de la victoire du principe de personnalité.

Cependant Wachter essaye de sauver quelques débri
du naufrage. Forcé d'admettre le statut personnel, il veu
le restreindre dans les limites les plus étroites, en le bo
nant à l'état abstrait : le mineur étranger sera mineu
partout, mais les droits résultant de l'état seront régi
par la loi du pays où il se trouve. J'ai déjà rencontr
cette restriction que l'on voudrait imposer à la personna
lité (n° 56); elle n'a pas trouvé faveur. L'inconséquence
est évidente; Savigny en fait la remarque. Qu'est-ce que
l'état? Est-ce une abstraction? Le droit ne s'occupe pas
d'idées métaphysiques; c'est une face de la vie, et dans la
réalité, l'état est synonyme de capacité ou d'incapacité;
dire que l'état est personnel et que la capacité est réelle,
c'est dire que les droits qui constituent l'etat sont d'une
autre nature que l'état. Cela est contradictoire dans les
termes. Je me demande comment un logicien a pu com-
mettre une pareille inconséquence (1)?

Wachter ne s'est rallié au principe de personnalité que
sous l'influence du fait universel. Il constate que c'est le
droit commun allemand, et il ne peut point s'insurger
contre le droit de son pays. Le motif est faible. Commen
s'est formé ce droit commun? C'est par la doctrine; or la
doctrine peut changer, et elle doit changer si, comme le
croit Wahcter, elle est contraire aux vrais principes. Il
aurait dû maintenir ces principes, quand même il eût été seul

(1) Savigny insiste sur ce point (*System des heutigen römischen Recht*
t. VIII, p. 134-138.

de son avis. Cédant sur le principe, il refuse de céder sur les conséquences, parce que, sur ces conséquences, il n'y a pas de droit commun, la plus grande diversité régnant dans les opinions des auteurs. C'est, me semble-t-il, se placer a un point de vue très étroit. La science du droit civil international n'est pas formée, elle est encore en voie de formation. Il faut donc voir quelle est la loi qui préside au développement historique des principes de personnalité et de réalité. Or, cette loi est facile à découvrir, elle éclate avec évidence dans le long travail qui s'est accompli depuis le moyen âge. Sous le régime féodal, toute coutume était réelle. Voilà l'expression la plus exacte de la souveraineté qui se confond avec la propriété : le propriétaire a le droit de faire tout ce qu'il veut. Les glossateurs réclament contre la réalité des coutumes, au nom de la personnalité humaine. Au seizième siècle, c'était encore une maxime générale que les coutumes sont réelles, mais les plus réalistes parmi les jurisconsultes admettaient comme personnels les statuts qui règlent l'état et la capacité des personnes; seulement ils restreignaient le principe de la personnalité dans les limites les plus étroites. D'autres jurisconsultes, et parmi eux le plus grand, Charles Dumoulin, étendaient le domaine de la personnalité, et dès le seizième siècle, les exigences de la vie réelle l'emportèrent sur la réalité des coutumes; la jurisprudence donna raison à Dumoulin contre d'Argentré. La personnalité gagnait, la réalité perdait. Elle avait tant perdu au dix-huitième siècle, que les praticiens donnaient la préférence à la personnalité. Bouhier résuma ce mouvement. On avait commencé par dire qu'en cas de doute, il fallait se prononcer pour la réalité. Non, dit le président, c'est le statut personnel qui doit l'emporter, parce que les biens sont faits pour la personne, et non la personne pour les biens. Les Allemands allèrent plus loin. D'Argentré dit que les enfants ne doutaient pas de la réalité du statut des successions; au moment ou il écrivait ces paroles absolues, au nom de la souveraineté absolue, Cujas enseignait que le statut des successions était personnel. Au dix-huitième siècle, les légistes allemands reprirent la thèse, et

aujourd'hui, la personnalité de ce statut fait partie du droit commun d'Allemagne. L'histoire est la révélation progressive de la vérité. Pour qui suit l'histoire des idées, cela ne fait pas de doute. Si Wachter avait étudié l'histoire du développement de notre science, il ne se serait pas arrêté à quelques contradictions, à des oppositions partielles contre le principe de personnalité; il se serait élevé au dessus de ces détails, et il aurait dit : L'avenir est à la personnalité; c'est la voix de Dieu et de la vérité.

Wachter n'a pas aperçu cette loi historique, parce qu'il procède d'un principe absolu, la souveraineté, qu'il considère comme illimitée. Le savant jurisconsulte ne se doutait pas qu'il reculait jusqu'au moyen âge. S'il était remonté aux origines de cette théorie de la puissance souveraine, il se serait convaincu que les idées ont changé complètement. La souveraineté n'est plus le pouvoir du propriétaire, c'est une mission sociale. Ainsi entendue, elle se concilie avec le statut personnel et avec les conséquences qui en découlent. Le mineur est mineur et incapable partout; est-ce à dire qu'il puisse invoquer partout les privilèges que sa loi personnelle lui accorde à raison de son incapacité? Non, il faut voir si ces privilèges se concilient avec le droit social du pays où il s'en prévaut. La suspension de la prescription est un de ces priviléges; appartiendra-t-il au mineur là où la loi fait courir la prescription contre les incapables? Non, car la prescription est essentiellement d'intérêt public, elle tient à la conservation même de la société. La noblesse forme un statut personnel, en ce qui concerne la considération, l'honneur qui y sont attachés; mais il n'en est pas de même des priviléges qu'elle donne; ces droits peuvent se trouver en opposition avec l'égalité, une des bases de l'ordre constitutionnel là où la constitution est fondée sur les principes de 1789; or, les lois fondamentales d'une société sont réelles de leur essence : les nobles étrangers ne peuvent donc pas invoquer leurs priviléges contre le principe de l'égalité constitutionnelle (1).

(1) Wächter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 174, 177-179.

Dans tous ces cas, il n'y a pas lieu d'appliquer le statut personnel de l'étranger, parce que le droit de l'étranger, comme celui de l'indigène, est dominé par le droit de l'État et parce que l'intérêt privé cède devant l'intérêt social. Il en est de même aussi souvent qu'il y a conflit entre la souveraineté et les individus. L'étranger ne peut pas opposer son droit à la puissance souveraine, non pas, comme on le dit, parce que le salut public est la suprême loi, mais parce qu'il y a un droit supérieur à celui des individus, c'est le droit que la société a de se conserver. Mais là où ce droit de conservation n'est pas en cause, la société est sans droit, en ce sens qu'elle doit respecter les droits des particuliers, étrangers ou nationaux, sans qu'elle puisse même leur opposer son intérêt; l'intérêt ne l'emporte pas sur le droit; le plus grand intérêt, au contraire, que puisse avoir la société, est que les droits de ses membres soient sauvegardés; c'est plus qu'un intérêt, c'est un devoir, car telle est la mission de la société. Voilà la part de la souveraineté et la part des individus dans le conflit des droits; on donne satisfaction aux droits de la puissance souveraine ainsi qu'aux droits des particuliers. Wachter étend trop loin l'empire de la souveraineté, et de la loi qui en est l'expression, en subordonnant toujours les droits de l'étranger à la loi du pays où il se trouve. Le mineur étranger, dit-il, sera mineur chez nous, mais nous lui appliquerons nos lois sur la minorité; la femme mariée sera femme mariée chez nous, mais quant à sa capacité, elle sera régie par nos lois sur la capacité des femmes; le prodigue sera prodigue chez nous, mais il sera soumis à nos lois sur la prodigalité. Tout ce que nous devons aux incapables étrangers, c'est de les traiter comme nous traitons les incapables indigènes; ils ont droit à l'égalité, ils n'ont pas droit à un privilége. Est-il bien vrai que c'est là la vraie égalité? Savigny le nie et avec raison. L'indigène est régi par sa propre loi; l'étranger doit aussi être régi par la sienne, tant que l'ordre social n'est pas en cause. Soumettre l'étranger à la loi du pays où il se trouve, alors que l'ordre social ne le demande pas, c'est donner à la loi une puissance absolue sur les

personnes et sur les biens, et si la souveraineté est absolue, il n'y a plus de droit pour l'étranger.

73. Chose singulière! Wachter lui-même reconnaît que la souveraineté est sans droit quand il s'agit de l'état de famille de l'étranger et des droits qui en résultent. Ceci est un point considérable. En théorie, on peut distinguer entre l'état ou la capacité et la famille. Ainsi l'incapacité du prodigue, de l'aliéné, du mineur même est indépendante des droits de famille. Toujours est-il qu'il y a un lien intime entre les deux ordres d'idées. Si le prodigue et l'aliéné sont frappés d'incapacité, c'est précisément dans l'intérêt de la famille; quant aux mineurs, c'est la nature même qui les place sous la protection de la famille au sein de laquelle Dieu les a fait naître. Le mariage crée la famille et du mariage aussi procèdent l'incapacité de la femme mariée et la puissance maritale; du mariage procède encore la puissance paternelle qui n'est qu'un devoir de protection que la nature impose aux parents à l'égard des enfants. Il est si vrai qu'en fait l'état et la famille se confondent, que le code Napoléon ne les distingue pas; il ne parle que de l'état et de la capacité des personnes, et il entend appliquer au mariage, à la puissance paternelle et maritale, à la tutelle, à l'émancipation, le principe du statut personnel qu'il établit pour l'état proprement dit. Wachter, au contraire, n'admet pas le statut personnel pour l'état, du moins en ce sens qu'il soumet l'étranger aux lois du pays où il se trouve pour ce qui concerne les droits qui dépendent de l'état, tandis qu'il admet que l'étranger est régi, pour ses droits de famille, par sa loi personnelle ou nationale. Et parmi ces droits il range le droit le plus considérable dont l'homme jouisse dans l'ordre civil, la succession. Ici le jurisconsulte allemand se sépare complètement de l'école réaliste à laquelle il appartient par sa théorie de la souveraineté absolue ou de la toute-puissance de la loi. Comment explique-t-il cette déviation de son principe? De contradiction il n'y en a pas. La puissance souveraine ou la loi n'est pas intéressée à ce que les rapports de famille soient régis par la loi nationale plutôt que par la loi étran-

gère : que lui importe qui est appelé à recueillir une hérédité, l'oncle ou le neveu, le père ou le frère du défunt? Il en est de même du mariage et de l'état de la famille, en général. On ne peut donc pas supposer que le législateur ait entendu soumettre l'étranger à ses lois; il faut croire plutôt qu'il lui permet de se régir par sa loi personnelle. Sur ce point je suis d'accord avec Wachter (1). Mais ne faut-il pas en dire autant de l'état proprement dit? Quel intérêt la puissance souveraine a-t-elle à régler l'incapacité des mineurs étrangers? C'est une question d'intérêt privé aussi bien que celle du droit héréditaire. Donc en se plaçant sur le terrain de l'intérêt, il faut dire que l'on doit appliquer aux rapports d'*état* ce que Wachter dit des rapports de *famille*.

A plus forte raison doit-on admettre cette doctrine si l'on se place sur le terrain de la souveraineté, telle que nous venons de la définir. La puissance souveraine n'est pas illimitée; dès que sa mission n'est pas en cause, elle n'a pas le droit d'intervenir dans les rapports d'intérêt privé; elle peut et elle doit admettre l'application des lois étrangères à ces rapports, sans qu'il soit porté la moindre atteinte au pouvoir qu'elle tient de sa mission. Il faut donc généraliser et appliquer à toutes les relations d'intérêt privé ce que Wachter dit des rapports de famille. La conséquence sera que toutes les lois sont personnelles en tant qu'elles régissent les rapports des particuliers, sans toucher à un droit social; et les lois sont réelles dès que les droits de la souveraineté sont en cause. Ainsi logiquement Wachter aboutit au principe de personnalité qu'il combat par une fausse notion de la puissance souveraine; mais lui-même revient à la vraie notion de la souveraineté dans ce qu'il dit des droits de famille. C'est une inconséquence, à mon avis, mais l'inconséquence témoigne pour le principe de personnalité, il doit être l'expression de la vérité, puisque ceux-là mêmes qui le combattent y reviennent. Il en résulte un fort préjugé contre la réalité que nous

(1) Wachter. *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 184 et suiv. Je reviendrai sur les droits de famille et sur le droit de succession qui s'y rattache.

allons rencontrer chez les Anglo-Américains. C'est l'excuse de la longue étude que j'ai consacrée à Wachter : c'est un appui pour moi, et j'ai besoin d'autorités au moment d'entrer en lutte contre une doctrine qui envahit le monde à la suite de la race anglo saxonne.

§ II. *Le droit anglo-américain.*

N° 1. CONFLIT ENTRE LE DROIT ANGLO-AMÉRICAIN ET LE DROIT COMMUN DE L'EUROPE.

71. Wharton ouvre le chapitre de son *Droit international privé* sur les lois personnelles, par une déclaration d'une importance capitale pour l'avenir de notre science : « Tout le monde admet que chaque personne a son état et que cet état est réglé par la loi de son *domicile*. » Sur le mot *domicile*, il y a une réserve à faire : les Anglo-Américains déterminent le statut personnel par la loi du *domicile*, et tel est aussi le droit commun de l'Europe, tandis que le code Napoléon, le code italien, le code des Pays-Bas attachent le statut personnel à la *nationalité*; je reviendrai sur ce dissentiment, qui est considérable. Wharton continue : « Mais quand la personne voyage à l'étranger et réside temporairement dans un pays sans y acquérir un domicile, conservera-t-elle l'état et la capacité que lui donne son statut personnel? Si elle est mineure d'après son statut, sera-t-elle aussi mineure là où, d'après la loi territoriale, elle serait majeure? Si, dans le pays où elle a son domicile, elle est frappée d'incapacité pour cause d'aliénation mentale, sera-t-elle aussi incapable là où cette incapacité légale n'existerait point? En d'autres mots, les lois qui règlent l'état des personnes ont-elles force hors de leur territoire? Sur cette question de droit civil international, les légistes de l'Europe continentale sont en conflit permanent avec les cours d'Angleterre et des Etats-Unis. » Wharton demande s'il y a moyen de trouver un principe commun qui puisse concilier les deux écoles (1). La question est de la plus haute importance

(1) Wharton, *A Treatise on the conflict of laws*, p. 81, § 84. Comparez le tome Ier de ces Etudes, n° 316

car le dissentiment est radical. Il ne s'agit pas seulement de l'état des personnes, comme Wharton semble le croire; c'est la réalité et la personnalité qui se disputent l'empire, de sorte que les bases de notre science sont contestées; c'est dire que l'existence même du droit international privé est en cause.

Un auteur anglais dit que le principe qui détermine l'état général ou la capacité particulière d'une personne par son statut personnel n'a jamais été admis en Angleterre. Et tant que la loi anglaise restera ce qu'elle est, continue Westlake, il faut admettre comme règle que dans tous les rapports juridiques qui ont leur siége chez nous, nos juges n'auront aucun égard à la majorité fixée par une loi étrangère, ni à un état quelconque de capacité ou d'incapacité qu'un étranger invoquerait d'après son statut, peu importe que le statut soit établi par une loi ou par un jugement (1). Les cours d'Angleterre ne connaissent et n'appliquent que la loi anglaise, la *common law*, laquelle est aussi le droit commun dans les États-Unis. Dire que tant que la *common law* régira les Anglo-Américains, ils ne reconnaîtront pas le statut personnel de l'étranger, c'est dire qu'il n'y aura pas de droit international privé, dans toutes les matières où le statut personnel est pris en considération, ce qui ne concerne pas seulement l'état proprement dit, mais encore les droits de famille. En effet le droit civil international est universel de son essence, il régit toutes les nations; s'il y en a qui ne l'acceptent pas ou qui en rejettent le principe fondamental, il faut dire qu'il n'y aura pas de droit international privé, car il y en aura deux, contraires en tout, dès que la personnalité est en jeu. Si les nations se partageaient en deux camps, en ce qui concerne le droit des gens public, ce que Grotius appelle le droit de paix et de guerre, dirait-on qu'il y a un droit des gens? Non certes. Il en est de même, dans l'état actuel des choses, du droit civil international. La division, la contrariété de la doctrine aussi bien que des décisions judiciaires éclatent à

(1) Westlake, *A Treatise on private international law*, p. 382, n° 401, et p. 384, n° 402.

chaque pas. Ce qui est vérité sur le continent de l'Europe est erreur au delà de la mer. Plaisante justice dirait Pascal, que celle qui dépend d'un bras de mer! Vainement les légistes anglo-américains disent-ils que la division règne dans notre camp : je répondrai plus loin à l'objection. Quelles que soient les incertitudes d'une science qui est encore à l'état de formation et qui ne deviendra certaine et stable que lorsqu'elle aura été codifiée par des traités, toujours est-il que cette division n'est pas aussi radicale que celle qui partage le droit anglo-américain et le droit continental. Tous les légistes du continent admettent le statut personnel; je parle de ceux qui ont quelque autorité dans la science; toutes nos cours l'appliquent; c'est le droit du continent. Il y a encore bien des controverses sur les détails, mais il ne faut pas attacher a ces dissentiments l'importance que les Anglo-Américains leur donnent; ils ne voient pas que la division tend à s'effacer, tandis que l'accord va en s'étendant, de sorte que l'unité est au bout de ce mouvement. Entre les Anglo-Américains et les légistes du continent, la discordance est bien plus grande : c'est un abîme. D'un côté, il y a un droit progressif qui va en se modifiant tous les jours. Dès maintenant le droit commun du continent admet le statut personnel. D'un autre côté, il y a un droit immuable, la *common law* qui nie le statut personnel. Heureureusement que rien n'est immuable, sinon la vérité. Il ne faut donc pas désespérer de l'unité, en la déclarant impossible; ce serait un moyen sûr de n'y pas arriver. Constatons d'abord sur quoi porte le dissentiment et quelles en sont les raisons. La *common law*, après tout, n'est qu'un fait, or, ce ne sont pas les faits qui gouvernent le monde, ce sont les idées. Et sur le terrain des idées la conciliation est toujours possible, car il n'y a qu'une vérité.

75. Story, après avoir discuté les théories des légistes étrangers, comparées à celles des Anglo-Américains, résume dans les règles suivantes les principes de la *common law*, qui sont généralement admis, en laissant de côté ceux sur lesquels il y a plus ou moins d'incertitude. C'e

déjà un point à noter dans le débat auquel nous allons assister. On croirait que la controverse est impossible, quand l'on admet que toute coutume est réelle ; c'est cette certitude que les anciens réalistes préconisaient comme un caractère et un avantage de leur doctrine; et les statutaires qui admettaient le statut personnel, effrayés des difficultés dans lesquelles ils étaient engagés, allaient jusqu'à regretter la vieille maxime de la réalité (1). Il y a beaucoup à rabattre de la prétention des réalistes. Dès le début, Story est obligé d'avouer que la *common law* a ses obscurités et ses incertitudes (2), et l'on n'a pas besoin de son aveu pour en être convaincu : la *common law* est un droit coutumier, et l'incertitude est de l'essence des coutumes.

Voici la première règle de Story : « On tient compte de l'état et de la condition des personnes d'après la loi de leur domicile, quand il s'agit d'apprécier la valeur des actes qu'elles font, des droits qu'elles acquièrent et des contrats qu'elles passent dans le lieu où est leur domicile et concernant des biens qui y sont situés. Si ces actes, ces droits et ces contrats sont valables dans ce lieu, ils seront regardés comme valables partout ailleurs ; par contre, s'ils sont nuls dans ce lieu, ils seront nuls partout (3). »

Cette règle est empruntée aux statutaires, et elle est admise par les cours d'Angleterre et des États-Unis. Est-ce à dire que la *common law* et le droit du continent soient d'accord sur le point de départ des droits statutaires ? Non certes. A vrai dire, la règle que Story formule en tête de la doctrine anglo-américaine n'a aucun rapport avec la théorie des statuts ; c'est tout simplement l'application du principe que les actes faits en conformité de la loi sont valables ; et s'ils sont valables là où ils ont été accomplis, là où est domiciliée la personne qui y figure, là où sont situés les biens qui en forment l'objet,

(1) Voyez le tome Ier de ces Études, p. 504.
(2) Story, *On the Conflict of laws*, p. 138, § 100 (de la 7e édition).
(3) Story, *Conflict of laws*, p. 138, § 101, p. 65, § 64.

il est d'évidence qu'ils doivent être valables partout. Les plus réalistes parmi les statutaires n'ont jamais songé à contester la validité des actes passés par des personnes capables d'après la loi du lieu où elles ont agi, concernant des biens situés en ce lieu et alors qu'elles sont domiciliées dans ce même lieu. Tous les principes de la réalité concourent pour valider ces actes, et ces mêmes principes s'opposent à ce que la validité en soit contestée dans un autre pays. De quel droit des actes valables à tous égards, d'après la législation française, et sous le rapport du domicile, et sous le rapport des biens, et sous le rapport de la capacité, seraient-ils déclarés nuls en vertu de la *common law* des Etats-Unis? Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que la puissance souveraine des Etats-Unis s'étendît sur des personnes domiciliées en France, sur des biens situés en France et sur les lois françaises qui règlent la capacité des indigènes. Or, la *common law* maintient, il est vrai, envers et contre tous, sa souveraineté sur les personnes domiciliées aux Etats-Unis et sur les biens qui y sont situés ; mais si le législateur anglo-américain entend être maître chez lui, il n'a jamais prétendu être le maître hors de chez lui et dans le monde entier.

Story applique sa première règle à la capacité des parties intéressées. Un mineur dispose d'un bien situé dans le lieu de son domicile : si l'acte est valable d'après la loi de son domicile, il sera reconnu comme tel aux Etats-Unis ; si, au contraire, il est nul en vertu de cette loi, il sera nul partout. De même, si une femme mariée qui, d'après la loi de son domicile, est incapable de contracter et de disposer de ses biens sans autorisation maritale, contracte ou aliène n'étant pas autorisée, l'acte sera nul aux Etats-Unis aussi bien que dans le lieu de son domicile où il a été passé. Toutefois, Story fait une réserve qui montre jusqu'où va le réalisme des légistes anglo-américains. Il se pourrait, dit-il, qu'il y eût une loi territoriale qui s'opposât à ce que l'on reconnût la validité d'un acte fait à l'étranger ; dans ce cas, naturellement, la prohibition l'emportera sur la règle. En fait, sans doute,

puisque le juge doit obéissance à la loi du territoire où il exerce ses fonctions. Mais, en droit, l'exception détruit la règle, à moins qu'on ne la restreigne, ce que Story ne fait point, aux actes passés à l'étranger qui seraient contraires à l'ordre social du pays où on les invoque.

76. Le vrai statut personnel ne s'arrête pas aux actes faits au lieu où la personne a son domicile, et concernant des biens qui y sont situés ; ce qui le caractérise, c'est qu'il est attaché à la personne et qu'il la suit partout comme son ombre, donc, hors de son domicile et alors qu'elle dispose de biens situés n'importe dans quel lieu. Story constate quelle est, à cet égard, la doctrine des statutaires (1). Je me bornerai à citer quelques témoignages pour mettre en regard la doctrine des légistes du continent et celle des Anglo-Américains. Voici ce que dit un de nos vieux statutaires, Boullenois : « Par un concours général des nations et une déférence presque nécessaire, les statuts qui règlent l'état et la condition des personnes se portent dans toutes les coutumes : elles ont établi entre elles, à cette occasion, une espece de droit de parcours ou entrecours, pour le plus grand bien du commerce et de la société d'entre les hommes (2). » Un auteur moderne s'exprime dans le même sens : « Le consentement général des nations civilisées a voulu que ce qui concerne la capacité d'un individu se réglât par les lois du pays auquel il appartient (3). »

Je ne cite les Italiens que pour marquer le vif sentiment de personnalité qui les caractérise. Ils ne comprennent pas que l'on nie la personnalité du statut qui règle l'état et la capacité des personnes : c'est nier la lumière du jour : « Le soleil qui échauffe les pays du Midi mûrit aussi l'intelligence des hommes ; tandis que le froid climat du Nord ralentit la croissance comme le développement intellectuel ; et l'on veut que l'Italien devienne un Lapon et le Lapon un Italien quand leurs affaires les

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 66, §§ 65-67.
(2) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 152 et 172.
(3) Pardessus, *Droit commercial*, t. VI, n° 1482, 1°.

conduisent dans un lointain pays! » Esperson crie à l'absurdité, et il n'a pas tort (1).

Ecoutons maintenant les Anglo-Américains. Voici la seconde règle de Story : « Un acte est fait, un droit est acquis, un contrat est passé en dehors du domicile de la partie intéressée et sur des biens qui ne sont pas situés là où elle est domiciliée : on suivra, en ce qui concerne l'état, la capacité et la condition de la personne, la loi du lieu où le fait juridique se consomme. » Les cours américaines ne tiennent aucun compte, dans ce cas, du statut personnel; elles suivent ce qu'elles appellent *lex loci contractus aut actus*. Story donne des explications de sa règle : « Une personne est mineure jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans d'après sa loi personnelle, et partant incapable de contracter là où elle est domiciliée ; elle contracte dans un pays où la majorité est fixée à vingt et un ans : le mineur sera considéré comme majeur et capable ; il pourra consentir toute espèce de conventions, même un contrat de mariage », dit Story. On applique ce principe à tous les incapables. La femme, mariée dans un pays coutumier, ne peut s'y obliger qu'avec l'autorisation de son mari, même pour l'administration de ses biens ; si elle contracte dans un pays de droit civil, elle sera capable de faire tous actes d'administration, sans autorisation maritale. Ce n'est pas la loi personnelle ou nationale qui détermine sa capacité : c'est la loi du lieu où le contrat ou l'acte se passent (2). Rien de plus légitime aux yeux des Américains, puisque la loi du territoire commande à toutes les personnes qui s'y trouvent, étrangers ou nationaux. Rien de plus absurde aux yeux des Italiens, qui demandent si la capacité varie quand on traverse une rivière ou quand on passe une montagne.

Les Anglo-Américains s'attachent, à la lettre, à la loi du *contrat* ou de l'*acte*. Il résulte de là de singulières anomalies. C'est qu'eux, qui rejettent le statut personnel, ont parfois l'air d'en tenir compte. Un Prussien contracte en Belgique à l'âge de vingt et un ans ; il est mineur d'après

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 50-52.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 138, § 102, et p. 139, § 103.

son statut personnel et incapable ; donc l'acte est nul. Il sera considéré comme nul, en Angleterre, bien que la *common law* ne reconnaisse pas le statut personnel en vertu duquel le Prussien peut invoquer la nullité du contrat qu'il était incapable de consentir. Est-ce à dire que, par exception, les Anglo-Américains aient égard au statut personnel de l'étranger ? Du tout ; un juge anglais va nous dire que les cours d'Angleterre ne connaissent que la loi anglaise. Pourquoi donc réputent-elles nul un contrat qui n'est nul que d'après le statut personnel du Prussien, et qui d'après la *lex contractûs* serait valable ? C'est que le législateur belge a trouvé bon d'annuler un contrat qu'il aurait eu le droit de valider ; or, chaque législateur est maître chez lui : libre à lui d'admettre le statut personnel, et s'il l'admet, ce statut sera considéré comme une loi territoriale ; c'est à ce titre que les Anglo-Américains le respecteront (1). Tant est grand le respect de la *common law* pour la loi territoriale et pour la puissance souveraine dont elle est l'expression.

77. Story déduit de ces prémisses une troisième règle qui est le contre-pied du statut personnel. « Quand il s'agit de savoir si une personne est majeure ou mineure, si elle peut ou non contracter mariage ; de même quand il s'agit de l'état de famille, tutelle ou émancipation ; enfin, dans tous les cas où la capacité ou l'incapacité de la personne joue un rôle, on n'a pas égard à la loi du domicile, ni du domicile d'origine ni du domicile acquis depuis par la volonté de la personne ou par la détermination de la loi ; la validité ou la nullité du contrat ou de l'acte dépendront uniquement de la *lex loci contractûs aut actûs* (2). » Je viens de donner l'exemple de la minorité. Il y a, sur ce point, un arrêt de la cour de la Louisiane, qui a acquis une assez fâcheuse célébrité. « Les auteurs, dit-elle, s'accordent à admettre que les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes sont personnelles et les suivent partout où elles se trouvent : tel est le statut de minorité et de majorité. » Les auteurs dont parle la cour sont les

(1) Westlake, *A Treatise on private international law*, p. 386 et suiv.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 132, § 103.

légistes du continent européen. Quel est l'avis des jug américains? Ils admettent le statut personnel quand il e en harmonie avec l'intérêt des nationaux, ils le rejette quand il peut compromettre cet intérêt. « Si nos lois, d la cour de la Louisiane, fixaient la majorité à vingt-ci ans, un étranger, majeur à vingt et un ans d'après so statut, contracterait valablement chez nous. Mais n lois déclarent majeurs les personnes qui ont atteint l'âg de vingt et un ans; un étranger, mineur d'après son stat jusqu'à vingt-cinq ans, contracte chez nous à l'âge d vingt-quatre ans; lui permettra-t-on d'exciper de son inca pacité contre les citoyens de la Louisiane avec lesquels i aura contracté? Certainement on ne le lui permettra point. La décision n'a pas trouvé faveur ; Livermore et Story l combattent; Phillimore la déclare monstrueuse (1). Cepen dant, la cour de la Louisiane n'a fait qu'appliquer la doc trine américaine ; seulement, elle l'a fait en termes u peu crus, qui réduisent tout à une affaire d'intérêt. J reviendrai sur l'intérêt des tiers ; pour le moment, il es question de droit. Les Américains nient le statut person nel ; logiquement, la cour de la Louisiane aurait dû l rejeter, dans toute hypothèse et s'en tenir à la *lex lo contractûs*; mais elle n'est pas aussi coupable qu'on l dit. Car, en rejetant le statut personnel, les réalist admettent la courtoisie internationale, et la courtois n'est autre chose que la doctrine de l'intérêt (2).

78. La courtoisie est une réaction contre le réalism féodal; mais la réaction n'est pas suffisante, car elle lais subsister le principe qui est la base du réalisme, chaqu nation étant juge souverain de ce qu'elle veut bien conc der aux convenances internationales. Or, la souverain attachée à la loi du territoire est précisément le cara tère distinctif de la féodalité. Je ne sais si les Angl Américains se rendent compte de l'origine féodale de le doctrine (3) ; ils semblent ignorer l'histoire du droit int

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 102, § 114. Story, *Conflict of la* p. 75, § 75.
(2) Voyez le tome Ier de ces Etudes, n° 328, p. 482.
(3) Voyez le t. Ier de ces Etudes, n° 377, p. 544.

national privé, comme j'aurai l'occasion de le dire. Leur grande autorité, c'est Huber, or Huber procède du réalisme, lequel remonte jusqu'au moyen âge.

Les règles que le jurisconsulte hollandais pose comme fondement du droit international privé sont empruntées aux réalistes :

I. Les lois de chaque État exercent leur autorité dans les limites du territoire sur lequel il exerce son empire.

II. Les lois obligent tous les sujets de l'État ; et l'on doit réputer sujets tous ceux qui se trouvent sur le territoire, soit à demeure, soit à temps.

III. La troisième règle modère ce que les deux premières ont de rigoureux, par la courtoisie, ce qui regarde l'utilité, mais l'intérêt ne modifie pas le droit (1), s'il peut être question de droit dans la théorie de la souveraineté absolue ; c'est le droit *mordicus* de Voet, qui légitimerait tout ce que le souverain veut faire, même la spoliation des aubains.

Tels sont aussi les principes de la *common law*, que le jurisconsulte américain Kent a si bien exposés. Quelle est la maxime fondamentale du réalisme, que les partisans de la personnalité eurent tant de peine à modifier ? Toute coutume est réelle. Kent reproduit la maxime dans les termes mêmes qui servaient à lui donner la précision d'une loi : « *Statuta suis clauduntur territoriis*, nec ultra territorium disperiuntur. » Et qu'est-ce que la courtoisie internationale ? Kent répond avec Huber que, si les nations consentent à ce qu'une loi étrangère soit appliquée sur leur territoire, ce n'est pas parce qu'elles y sont tenues en vertu de la nature de la loi, c'est en tant que cela leur est utile ; *quatenus sine præjudicio indulgentium fieri potest* (1). Voilà tout le réalisme. Les légistes anglo-américains ne l'ont pas emprunté aux réalistes du continent ; s'ils les citent, c'est à titre d'autorité ; ils l'ont trouvé dans leur *common law*, essentiellement féodale : c'est un legs de la conquête normande qui implanta la féodalité systé-

(1) *Huberi Prælectiones*, liber I, tit. III, *De Conflictu legum*, nº 2 (t. II, p. 25, de l'édition de Louvain, 1766).

matique en Angleterre; et la tradition exerça sur les esprits un empire si tyrannique, que les Anglais et les Américains en restent imbus, sans qu'ils en aient conscience. Et ils sont si convaincus de la vérité des principes que la tradition leur a transmis, qu'ils les proposent comme base de la codification du droit civil international. Field, qui a entrepris ce travail prématuré, inscrit dans son code la capacité déterminée par le lieu de la situation des immeubles (1). Si c'est dans ces termes que les Anglo-Américains entendent codifier le droit international privé, il faut désespérer d'un accord. Ceux que Story appelle les légistes étrangers ne consentiront jamais à reculer jusqu'à Guillaume le Conquérant. La feodalité n'est pas notre idéal.

Heureusement Field s'est trompé; il s'est trop hâté de codifier des règles qui sont encore à l'état de formation. Il n'a pas tenu compte de la réaction qui commence à se manifester contre la tradition féodale : je l'ai constaté dans l'Introduction historique de ces Études (2). C'est un signe des temps. Le passé se transforme sans cesse en obéissant à la loi du progrès; et l'histoire nous révèle dans quel sens le progrès s'accomplit. Sur le terrain du droit international, la loi du progrès n'est pas douteuse: la personnalité gagne et la réalité perd. Dans la doctrine du continent, la révolution marche à grands pas. Le droit anglo-américain résiste jusqu'ici, mais l'élément de personnalité y pénètre, et s'il est vrai, comme je le crois, que ce principe a pour lui la vérité, son triomphe est assuré.

Quand je dis que le principe de personnalité est l'expression de la vérité, je n'entends pas dire que le réalisme anglo américain soit en tout faux. L'idée de souveraineté n'est certes pas fausse, et il est incontestable aussi que la loi, expression de la puissance souveraine, domine les intérêts et les droits individuels, quand l'intérêt et le droit de la société sont en cause. En ce point, nous pouvons donner satisfaction entière aux Anglo-Américains; c'est

(1) Field, *International Code*, p. 378, art. 542-544.
(2) Voyez le t. 1er de ces Études, p. 587, nos 400-402

déjà un lien d'union et de concorde. Il y a encore un autre principe du réalisme qui mérite d'être pris en sérieuse considération. Quand les cours des États-Unis subordonnent le droit à l'intérêt, notre conscience se soulève, et nous protestons au nom de l'éternelle justice. Est-ce à dire que l'intérêt ne doive jamais faire entendre sa voix? Si l'intérêt est général, le législateur en doit tenir compte : sa mission n'est-elle pas de régler les intérêts généraux? Or, l'intérêt des tiers que les légistes anglo-américains invoquent contre le statut personnel, est un intérêt général. Il faut lui donner satisfaction. Ce sera un nouveau lien d'union entre les deux écoles qui, au premier abord, s'excluent l'une l'autre. Enfin, il y a des malentendus qui les divisent; les légistes anglo-américains font contre la personnalité des objections qui, à mon avis, n'ont aucun fondement; or, l'on parvient toujours à s'entendre quand on a l'amour de la vérité, et surtout quand l'entente est une nécessité. Or, l'existence de notre science est en cause dans ce débat. Il faut que la conciliation se fasse, et que l'unité s'établisse, sinon il n'y a pas de droit international privé. Ce serait dire qu'il n'y a pas de lien commun entre les peuples, pas même le lien du droit; qu'ils sont condamnés à d'éternelles divisions, non seulement à raison de leurs intérêts politiques, mais même dans leurs relations privées. Une doctrine qui conduit à de pareilles conséquences ne saurait être l'expression de la vérité.

N° 2. LA DOCTRINE ANGLO-AMÉRICAINE ET LA DOCTRINE DES STATUTS.

79. Les Anglo-Américains rejettent la distinction des statuts. Ils reprochent aux légistes que j'appelle statutaires leurs interminables controverses, et par suite l'incertitude et l'inanité de leur doctrine. Story expose avec une exactitude minutieuse les opinions de nos auteurs anciens et modernes. La plupart admettent la théorie des statuts personnels; mais quand on entre dans les détails, l'apparente unanimité fait place à une diversité sans fin. Ils enseignent presque tous que l'état comprend la capa-

cité, toutefois sur ce point déjà il y a des dissidents; pu ceux-là mêmes qui rattachent la capacité à l'état, distin guent entre la capacité générale et la capacité particulièr Reste ensuite à décider quels statuts sont personnels quels statuts sont réels. Sur ce point, qui est la base la doctrine, les dissentiments sont infinis : un seul même auteur, et certes un des plus considérables, Merl a varié, déclarant tels statuts tantôt réels, tantôt pe sonnels. Pour se tirer d'embarras, les statutaires o recours à des exceptions, mais les exceptions sont si no breuses, qu'elles détruisent la règle et augmentent l'i certitude, puisqu'elles donnent lieu à de nouveaux déba sur le point de savoir si l'on est dans la règle ou si l' se trouve dans l'exception (1).

C'est, en apparence, la tour de Babel. Mais la confusi ne serait-elle pas, en partie du moins, imputable au c lèbre jurisconsulte américain? A lire les témoignages q Story accumule, on dirait que tous les auteurs dont donne des extraits appartiennent à la même école suivent les mêmes principes. Il n'en est rien. Dès le se zième siècle, la division éclate : les praticiens sont réa listes et restent attachés à la maxime féodale que toutes les coutumes sont réelles. Cet attachement servile à la tradition semblait absurde et presque ridicule aux légistes qui revendiquaient les droits de la personnalité. Ce n'est pas seulement entre les routiniers et les novateurs que le dissentiment se produisait; les princes de la science étaient divisés. Dumoulin et d'Argentré se contredisaient en tout point. En France, la doctrine et la jurisprudence se prononcèrent pour la personnalité, c'est la tendance des deux auteurs dont le nom est le plus connu à l'étranger, Froland et Boullenois, bien que ce soient des esprits de second ordre. Le président Bouhier, digne d'être cité à côté des noms illustres du seizième siècle, alla plus loin que ses prédécesseurs; il était dans la voie qui conduit à la doctrine moderne, quand la Révolution vint mettre fin pour quelque temps aux débats sur les statuts. Dans les

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 49, nos 50-54 (de la 7e édition)

Pays-Bas, le réalisme dominait. Des jurisconsultes de premier ordre, Bourgoingne, Voet, se prononcèrent contre le statut personnel, ou ne l'admirent du moins qu'avec des restrictions qui lui enlevaient toute valeur juridique; cependant de savants magistrats, tels que Rodenburg, se rangèrent du côté de l'opinion contraire. Ainsi deux écoles se partageaient la science du droit international privé, dont le nom n'existait pas encore : notre science était toujours à l'état de lutte. Que font les légistes américains? Ils supposent que tous les auteurs sont les interprètes de la même doctrine, puis ils leur reprochent leurs divisions. C'est faire abstraction de la réalité des faits, du développement historique. Que dirait-on d'un auteur qui, voulant faire la critique du droit civil international de notre temps, accolerait les noms de Savigny et de Story, ceux de Mancini et de Wharton, et les accuserait d'enseigner des choses contradictoires? Sans doute, et il est bon qu'ils se contredisent, comme les contradictions des anciens statutaires étaient une nécessité. La personnalité devait faire son chemin à travers l'opposition et la lutte. Notre science n'est pas une doctrine arrêtée, elle se forme par le lent travail des siècles; il faut chercher la loi qui préside à ce développement séculaire, saisir l'idée qui s'en dégage, et qui fait son chemin à travers l'opposition qu'elle rencontre. A ce point de vue, les contradictions et les incertitudes n'auront plus rien de choquant; loin de là, elles paraîtront naturelles, parce qu'elles sont nécessaires. Je n'ai pas déguisé les inconséquences et les incertitudes des statutaires; mais qu'importe? Les réalistes seuls pouvaient être conséquents, parce qu'ils partaient d'un principe absolu, la réalité des coutumes et la souveraineté absolue; mais ceux qui avaient le sens de la réalité, comme Voet, cet excellent esprit, s'aperçurent que le réalisme des coutumes était impraticable; ils mirent à sa place la courtoisie internationale, mauvaise théorie quant au droit, mais suffisante en pratique, puisqu'elle se prêtait à tout ce qui était nécessaire pour entretenir les relations internationales. Quant aux statutaires qui avaient une tendance à la personnalité, leur embarras

était grand : ils ne pouvaient pas nier la réalité des coutumes sans se mettre en dehors du droit traditionnel, et l'ancien droit était traditionnel par essence, puisqu'il était coutumier ; ils devaient donc conquérir une place pour le statut personnel, dans un ordre d'idées qui excluait la personnalité. L'entreprise était contradictoire dans les termes. Il faut leur pardonner leurs inconséquences et admirer la souplesse et la subtilité qui aboutirent à faire accepter le statut personnel à côté du statut réel ; que dis-je ! Bouhier, renversant la tradition, admet le statut personnel comme règle, en cas de doute ; c'était implicitement déclarer que toute loi est personnelle. Mais cette formule eût été trop absolue. A côté des lois personnelles il y a des lois que l'on peut appeler réelles, en ce sens qu'elles sont territoriales et s'appliquent à tous ceux qui sont sur le territoire.

80. Les légistes anglais méconnaissent, comme les légistes américains, le développement historique de la doctrine des statuts. Je suis obligé d'y insister ; ce n'est certes pas pour le plaisir de critiquer, puisque je voudrais ramener à nous ceux que je critique. Mais pour les ramener, je dois dissiper les préjugés qui les éloignent de l'école des statutaires ; ce qui me force de prouver que leurs préjugés n'ont aucun fondement. Westlake suppose que la personnalité du droit a pris naissance dans un état social ou il y avait unité de droit pour les personnes et les choses, sauf les exceptions résultant des statuts personnels (1). Cela n'est pas exact. En Italie on peut dire qu'il y avait unité de droit, en ce sens que le droit romain était le droit commun ; encore cette unité était-elle plus apparente que réelle, parce que chaque cité, chaque communauté même avait ses statuts particuliers ; et c'est le conflit des statuts locaux qui fit germer la première idée de la personnalité. C'est donc une très fausse conséquence que celle que Westlake tire de l'état du droit en Italie, quand il dit que le statut personnel ne reçoit d'application que dans les pays où règne l'unité de droit. Là ou il y

(1) Westlake, *Private international law*, p. 64, § 72.

aurait eu unité de droit, le statut personnel n'aurait pas eu de raison d'être, comme, de fait, il a disparu en Italie et en France, entre les cités. Mais déjà du temps des glossateurs, il existait un autre conflit, lequel ne cessera jamais, l'opposition des lois nationales, qui est en germe dans l'opposition des lois locales, car celles-ci étaient aussi l'expression d'une souveraineté locale; cela est si vrai, que l'expression coutumes *réelles* était synonyme de coutumes *souveraines*. Dans ce conflit nécessaire, éternel, n'y a-t-il pas des lois qui restent les mêmes partout, parce qu'elles sont attachées à la personne? Tel est le vrai terrain de la personnalité des statuts; le statut personnel suppose donc, non l'unité du droit, mais le conflit de lois diverses, régissant des Etats divers. Ce qui est vrai de l'époque des glossateurs est vrai également de celle des statutaires français. Ici la supposition même de l'unité du droit fait défaut; Westlake se trompe en disant que Dumoulin considère le droit romain comme le droit commun de l'Europe (1); loin de là, il combat vivement ceux qui voulaient faire du droit romain le droit commun de la France; à ses yeux, le droit commun de la France, c'étaient les coutumes, et tel était aussi l'avis de Guy Coquille; l'un et l'autre n'aimaient pas plus le droit ultramontain que l'Eglise ultramontaine. J'ai cité les témoignages dans la partie historique de ces Etudes; ils ne laissent aucun doute (2). Quant au droit coutumier, qui formait le droit commun de la France, il variait à l'infini. Et d'où venait cette diversité? De l'époque féodale, où chaque propriétaire, chaque baron ou châtelain était roi dans sa baronnie ou châtellenie. Le conflit des statuts existait donc entre des coutumes souveraines, dernier débris des antiques souverainetés locales. Ainsi c'est un préjugé contraire aux faits, de considérer les statuts personnels comme ayant leur origine et leur raison d'être dans l'unité du droit, laquelle n'existait nulle part.

Les légistes anglo-américains se trompant sur le point de départ des statuts, doivent se tromper aussi sur le ré-

(1) Westlake, *Private international law*, p. 63, n° 71.
(2) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 344, n° 250.

sultat auquel a abouti le travail séculaire des statutaires. Ils disent que le statut personnel se comprend dans un Etat ou, à côté du droit commun, règnent des coutumes locales. Il en était ainsi jadis en Italie. Mais chez les peuples modernes, le droit romain a cessé d'être un droit universel, sauf en Allemagne. Dans ce nouvel ordre de choses, il n'y a que des lois territoriales, expression de la souveraineté de la nation ou de l'Etat; dès lors la personnalité des statuts n'a plus de raison d'être. C'est ce que Fœlix a compris; voilà pourquoi il est revenu au principe territorial, c'est-à-dire au statut réel. Westlake blâme l'annotateur de Fœlix, M. Demangeat, de s'être prononcé en faveur de la personnalité : c'est rétrograder au moyen âge, dit-il, tandis que Fœlix suivait le progrès qui s'accomplit sur le continent dans le sens de la réalité des statuts. Cette étrange doctrine est le renversement complet de la vérité historique. Fœlix est le représentant de la tradition, et la tradition avait pour point de départ la réalité des coutumes, laquelle remonte à la féodalité. En ce sens on pourrait dire que Fœlix est un retardataire, comme les auteurs du code Napoléon étaient des traditionnalistes; tandis que Demangeat s'inspire, au moins en partie, de la doctrine de la personnalité (1), qui a aussi des représentants dans la tradition française, et les noms les plus illustres, Dumoulin, Coquille, Bouhier. Chose singulière! Après avoir célébré le système de la réalité des statuts comme un progrès, Westlake établit un principe qui le ruine : « Les lois, dit-il, gouvernent les personnes et non les choses. Si elles parlent des choses et des droits qui sont établis sur les biens, c'est que ces droits appartiennent aux personnes (2). » C'est ce que disait déjà Dumoulin : « Les lieux ne doivent pas dominer sur les personnes, ce sont plutôt les personnes qui doivent dominer sur les lieux et les choses, comme étant de plus grande considération et dignité (3). » Voilà le germe d'une doctrine toute

(1) Je reviendrai sur le dissentiment de Fœlix et de son annotateur Demangeat. C'est un fait considérable.
(2) Westlake, *Private international law*, p. 65, n° 72 et p. 66, n° 74.
(3) Dumoulin, *Consil. XVI*, n° 2. (*Opera*, t. II, p. 854.)

contraire à celle de la réalité des coutumes, ou, comme disent les Anglo-Américains, de la situation des biens : au lieu de réputer toute loi réelle, et d'appliquer à tous les rapports juridiques la loi de la situation, on doit réputer toute loi personnelle, sauf à admettre la réalité dans les cas ou il y a un intérêt social en cause, ce qui conduit à déterminer la loi, non par la situation des biens, mais par la nationalite de la personne.

81. Le vice originel de la réalité, en matière de statuts, c'est l'idée de la souveraineté territoriale s'étendant à toutes les personnes et à toutes les choses qui se trouvent sur le territoire. C'est un principe qui découle de la féodalité. La terre donne la puissance souveraine à celui qui la possède : chaque baron est roi dans sa baronnie. De là exclusion de toute souveraineté étrangère; comment une terre étrangère pourrait-elle être souveraine, hors du lieu ou elle est située? L'étranger ne peut donc jamais invoquer une loi qui lui serait personnelle. il n'y a point de lois personnelles, il n'y a que des lois territoriales; or, celui qui met le pied sur un territoire est par cela même soumis à la loi qui gouverne le sol, pour mieux dire, a la loi du sol, puisque c'est la terre qui est souveraine. Le principe de la souveraineté territoriale survécut à la chute de la féodalité politique; les rois qui prirent la place des grands vassaux avaient intérêt à maintenir une doctrine qui leur donnait un empire absolu sur les personnes et les choses; et les légistes, on le sait, prirent parti pour le pouvoir absolu contre la féodalité, parce qu'elle contrariait en tout le droit romain qui, pour eux, était la raison écrite. De là ce préjugé, que l'on rencontre partout, que la souveraineté est absolue, illimitée; les auteurs qui écrivirent sur le droit naturel et sur le droit des gens s'y trompèrent comme tout le monde. Les conséquences qu'ils en déduisaient étaient si choquantes qu'elles auraient dû leur prouver la fausseté du principe. L'Etat ne doit rien aux étrangers, il peut les exclure de son territoire, et s'il les reçoit, il peut ne leur reconnaitre aucun droit. Telle était aussi la doctrine des légistes qui avaient une prédilection pour la réalité des coutumes; c'est le droit *mordicus* de

Voet; et la puissance des préjugés traditionnels est si grande, que même après la révolution de 1789, l'on entendit Portalis exposer ces principes devant le corps législatif La souveraineté est tout, ou elle n'est rien. Peut-être faudrait-il dire que la révolution ne fit que déplacer la souveraineté, sans rien changer à sa nature; la puissance souveraine passa des rois à la nation, mais en conservant son caractère absolu. La doctrine est aussi funeste que fausse : Napoléon s'en prévalut comme organe du peuple souverain, et tous les despotismes s'en emparent (1).

La vieille doctrine est abandonnée, au moins dans le domaine de la théorie. Chateaubriand a dit que les rois s'en vont; qu'ils s'en aillent ou qu'ils restent, cela importe assez peu; la royauté peut être une garantie, comme elle peut devenir un obstacle. Ce n'est pas là qu'est le danger, il se trouve dans la théorie de la souveraineté. Le mot trompe; on l'a conservé, bien que l'idée qu'il exprime ait changé complètement. La souveraineté, loin d'être une puissance absolue, n'est qu'une mission, c'est-à-dire un devoir; si le souverain a des droits, c'est comme organe de la société, et parce que celui qui a des devoirs doit avoir les moyens de les remplir. La question ne doit donc plus être posée comme elle l'était jadis : Quel est le pouvoir du souverain? est-il limité ou illimité? Il faut demander si la société a une puissance absolue. Nos constitutions répondent que l'homme a des droits que la société ne peut lui enlever; il les a à titre d'homme; en ce sens, la constitution de 1791 les déclara inaliénables et imprescriptibles. Cette notion nouvelle, transportée dans le droit international, est appelée à le transformer complètement; l'indépendance des Etats doit se concilier avec les droits des autres Etats, de manière que l'humanité vive sous un

(1) Les témoignages abondent. Je me borne à renvoyer aux jurisconsultes anglo-américains qui se rattachent à cette fausse doctrine Story, *Conflict of laws*, p. 683, p. 541; Wharton, *Private international law*, p. 112, § 123; Phillimore, *International law* (t. IV, p. 2) qui cite en note le passage d'un auteur anglais sur le droit naturel de 1832. J'ai déjà combattu la fausse doctrine de la souveraineté absolue (t. I, p. 526, nos 365 et suiv.); je la combattrai encore. C'est un point d'une importance capitale pour le droit international privé

droit commun (1). En ce qui concerne le droit international privé, la communion de droit peut et doit se réaliser; elle se réalise par la théorie des statuts personnels: chaque homme est régi partout par la loi de sa personne. Ce n'est pas l'abdication de la souveraineté, ce n'est pas un mélange confus de nationalités diverses; dès que les droits de la souveraineté sont en cause, la loi personnelle de l'étranger cède à la loi du territoire. C'est la doctrine des statutaires, même de ceux qui donnent le plus à la réalité: seulement ce qu'ils appellent courtoisie internationale, doit devenir un droit.

82. Je reviens au reproche que les légistes anglo-américains font aux statutaires, à savoir que leur doctrine est inconséquente et incertaine. Cela est d'évidence; nos meilleurs jurisconsultes, et dans les deux camps, s'en plaignent, Bouhier aussi bien que Voet. Ils ne se rendaient pas compte du motif de cette incertitude, qui leur paraissait inexplicable après tant et de si longs travaux. La raison en est que leur point de départ était la réalité des coutumes, c'est-à-dire leur souveraineté. Or, la souveraineté, poussée à bout, exclut le statut personnel, et ils admettaient néanmoins le statut personnel, peut-être faudrait-il dire que la nécessité des choses les y poussait. Comment concilier deux principes qui sont inconciliables, la personnalité et la réalité, qui exclut la personnalité? Il n'y avait qu'un moyen d'éviter les incertitudes et les inconséquences. Les réalistes disent que les statuts sont *renfermés* dans leur territoire. Pour réaliser l'empire exclusif des statuts territoriaux, il eût fallu aussi *renfermer* les hommes dans les lieux où ils étaient nés, les empêcher de sortir du territoire où ils avaient vu le jour, et empêcher les étrangers d'y pénétrer. La Chine, entourée d'un mur, est l'idéal de la souveraineté entendue à la façon des réalistes; mais les hommes étoufferaient, ainsi emprisonnés. Le plus logique des réalistes, Jean Voet, ne recule devant aucune conséquence, tant qu'il est sur le terrain de la théorie,

(1) Bluntschli, *Volkerrecht* p. 88, nos 65 et 66. C'est la doctrine que j'ai soutenue dans mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, notamment dans les Études sur la *Grèce*, *Rome*, la *Réforme* et la *Révolution*.

mais il avoue que sa théorie était impraticable et il chercha dans la *courtoisie* ce que la rigueur du droit lui refusait, le moyen de rendre possibles les relations internationales en recevant les lois étrangeres à titre de convenance. Et c'est aussi à cela qu'aboutissent les Anglo-Américains. C'est la conclusion à laquelle arrive Kent, le plus savant des jurisconsultes anglo-saxons : « Il est hors de doute, dit-il, que les lois d'une nation n'ont de force et d'autorité que dans les limites de son territoire. Si on leur donne quelque valeur dans d'autres Etats, ce n'est point *ex proprio vigore*, c'est *ex comitate*, ou, comme le dit Huber, *quatenus sine præjudicio indulgentium fieri potest*. » Story cite ces paroles du célèbre chancelier, et il les approuve entièrement en les accentuant encore davantage (1). Aucune nation, dit-il, n'est tenue de reconnaître des lois étrangères qui lui porteraient préjudice. Si cela veut seulement dire que le droit de la société domine le droit de l'étranger qui invoque son statut personnel, la proposition est incontestable; mais Story ajoute qu'aucune nation ne donnera effet à des lois étrangères qui seraient préjudiciables à ses nationaux. Cette proposition aboutit logiquement au fameux arrêt de la cour de la Louisiane, qui répugnait cependant au sens juridique de Story : le juge admettra le statut personnel s'il est profitable aux Américains qui sont en cause; il le repoussera s'il leur est préjudiciable (n° 77). C'est-à-dire que le droit ne variera plus du bord d'une rivière à l'autre, comme Pascal s'en plaignait; le droit variera d'une cause à l'autre d'après l'intérêt des plaideurs.

83. Ainsi la *courtoisie* tient lieu de *droit*, et la *courtoisie* dépend de l'*intérêt* de chaque Etat. Ce dernier point est essentiel. J'en ai donné de nombreuses preuves dans la partie historique de ces Etudes; voici de nouveaux témoignages empruntés aux légistes anglais et américains. Story reconnait qu'un des plus savants légistes d'Angleterre, Burge, professe une opinion identique avec

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 136, § 98 (de la 7e édition). Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 617 (12e édition).

celle de la cour de la Louisiane (1); et lui-même, quoique son langage diffère de la crudité des juges américains est au fond d'accord. Dès que l'on n'admet le statut personnel qu'à titre de *convenance*, tout dépend de l'arbitraire de chaque État, c'est-à-dire des cours de justice, et les cours, imbues de la doctrine de l'intérêt, se prononceront toujours en faveur des nationaux contre l'étranger. Story dit que chaque nation se gouvernera d'après des règles et des principes qui sont les plus propres, dans son opinion, à favoriser ses *intérêts substantiels* (2). Qu'est-ce que ces *intérêts substantiels?* Si la *nation* décidait, on aurait une règle générale, et par conséquent indépendante des passions qui sont en jeu dans les débats judiciaires; mais c'est le juge engagé dans ce conflit d'intérêts rivaux qui est appelé à prononcer, et la seule règle qu'on lui donne, c'est de se guider d'après l'*intérêt national*, pour lui, l'intérêt national sera toujours l'intérêt des nationaux qui sont en cause.

La lutte est entre l'*intérêt* et le *droit*. Or, le juge n'est pas appelé à apprécier des *intérêts*, sa mission est plus haute : organe de la justice, il décide ce que le *droit* commande. La distinction est capitale. L'intérêt est chose variable de son essence; l'arrêt de la cour de la Louisiane en est la preuve incontestable; aujourd'hui, elle se décide pour le statut personnel, demain contre, au gré de l'intérêt des nationaux. Il n'en est pas de même du droit, il est toujours le même, tant que le législateur ne le modifie point, et il le modifie rarement, parce que les lois sont faites dans un esprit de perpétuité, comme étant l'expression de la justice éternelle et immuable; si le législateur y touche, c'est pour les perfectionner afin de les rapprocher du type de perfection. La conséquence, en ce qui concerne notre débat, est importante. Si l'on prend comme base du droit international privé le droit, on peut espérer d'arriver à l'unité; le progrès qu'a fait notre science en est une preuve éclatante : aux hésitations des statutaires

(1) Burge, *Commentaries on colonial and foreign law* (partie I, chap. IV, p. 27 et 28). Story, *Conflict of laws*, p. 77, note 2.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 141 et suiv., § 106.

l'école allemande et l'école italienne ont substitué des principes, la communauté de droit, selon Savigny, le droit des nationalites, d'après Mancini. Qu'importe que ces principes soient encore contestes, ils peuvent du moins réaliser l'unité, et ils la réaliseront dans les limites du possible; tandis que, sur le terrain de la courtoisie ou de l'intérêt, l'unité est radicalement impossible, puisque chaque nation est juge de son intérêt et juge souverain. Ceci est un point décisif dans notre débat avec les légistes anglo-américains.

84. Les légistes de la *common law* rejettent le statut personnel à cause de ses inconséquences et de ses incertitudes. Ils s'en tiennent à la réalité des coutumes, c'est-à-dire à la loi du lieu ou le fait juridique se consomme, *lex loci contractûs aut actûs*. C'est le principe des réalistes. Met-il fin aux contradictions et aux incertitudes des statutaires? Il y mettrait fin si les légistes anglo-américains acceptaient les conséquences de leur doctrine. La souveraineté de la loi territoriale exclut logiquement toute loi étrangère, les lois dites personnelles, aussi bien que les lois réelles. C'est ce que Jean Voet établit avec une rigueur mathématique; mais il avoue que si chaque loi est renfermée dans les limites de son territoire, les nations devraient aussi se renfermer dans ces limites : plus de rapports internationaux, chaque peuple vivant d'une vie isolee. Voet, qui était citoyen d'une république commerçante, comprenait que son droit *mordicus* était impraticable. A plus forte raison l'est-il pour les Anglais et les Américains qui se partagent le commerce du monde et qui sont devenus les facteurs de l'univers. « L'histoire du commerce, dit Montesquieu, est celle de la communication des peuples. » C'est dire que les peuples commerçants ont pour mission d'établir entre tous les Etats des liens dont le droit est l'élément essentiel. Les Anglo-Saxons semblent donc appelés à réaliser la communauté de droit que Savigny assigne comme idéal au droit international privé. Est-ce que la *common law* atteindra à ce but? C'est ici qu'on peut se donner le spectacle des divisions et des contradictions humaines. La *common law* est le droit féodal

tel que Guillaume le Conquérant l'implanta en Angleterre au onzième siècle. Or, la féodalité est le régime de l'isolement; de là, la maxime de la réalité des coutumes, qui s'est maintenue dans le droit anglo-américain, et qui aboutirait logiquement à la négation du droit civil international, comme le régime féodal, s'il s'était développé d'après la logique des idées, aurait conduit à isoler les petits Etats qui se partageaient l'Europe au moyen âge. L'unité d'un droit qui s'applique à tous les peuples et la *common law* sont donc choses radicalement incompatibles. Faut-il s'étonner si l'unité fait entièrement défaut dans le droit anglo-américain, notamment en ce qui concerne la théorie des statuts? Story lui-même va nous le dire.

Quelle est la conclusion à laquelle il arrive, après avoir longuement exposé et discuté les diverses théories que les légistes des divers pays enseignent sur le statut personnel? « La vérité est, dit-il, qu'il n'y a point, à proprement parler, de lois générales qui obligent les nations à cet égard, ni au point de vue moral, ni au point de vue politique, car les règles que chacune d'elles adopte ou rejette sont celles qui lui agréent ou qui lui répugnent, selon l'idée qu'elle se fait de la justice et des convenances internationales; ce que l'une approuve, l'autre le répudie, et ce que l'une repousse, l'autre l'accueille (1). » Voilà bien la tour de Babel, que Story reproche aux légistes du continent, et la division s'est aggravée au point de devenir irrémédiable. En effet, elle n'existe plus seulement entre les auteurs, elle s'étend aux peuples, et qui ne sait que les nations sont encore plus égoïstes que les individus? On trouve des exemples admirables de dévouement et d'abnégation chez des hommes d'élite, tandis que les nations ont toujours et partout agi dans l'intérêt de leur ambition ou de ce qu'elles considèrent comme leur grandeur. Donc il faut conclure, dans la doctrine anglo-américaine, qu'il y aura toujours une collision d'intérêts hostiles. La conclusion est désespérante, et l'on se demande à quoi bon écrire sur le droit inter-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 74, § 73, et p. 126, § 98 (de la 7e édition.)

national et sur le conflit des lois, si c'est seulement pour apprendre au monde que les conflits seront éternels. En vérité, il valait bien la peine de faire des reproches aux statutaires, pour aboutir à un pareil aveu!

Les légistes anglo-américains ont un tort, c'est de ne pas remonter aux principes et de traiter le droit comme s'il s'agissait d'une science de faits, consistant en précédents; c'est abaisser la science du droit, qui n'est rien si elle n'est pas l'organe de la justice dans le domaine de la théorie, comme les juges le sont dans la pratique. Si, au lieu de s'en tenir aux controverses de la doctrine et aux incertitudes de la jurisprudence, on recherche la loi qui preside au travail séculaire qui remonte jusqu'aux glossateurs, on s'aperçoit que le désordre apparent cache un lent progrès vers l'unité, et que l'incertitude fait place successivement à une théorie nouvelle, qui concilie ce qui paraissait inconciliable, la souveraineté de la société et les droits des individus. Personne n'est plus intéressé que les Anglo-Américains à favoriser les relations entre tous les États; ils doivent donc tenir à ce que le droit règne entre les hommes dans le monde entier; or ce n'est pas la doctrine de la réalité des statuts qui établira la communauté de droit; elle suppose, au contraire, comme le dit énergiquement un statutaire (1) que les peuples sont ennemis, aussi bien que leurs lois. Cet état d'hostilité universelle a cessé, les peuples sont amis, et les hommes de tous les pays traitent ensemble, comme s'ils étaient citoyens d'une république universelle. Il existe effectivement une grande république, dans le domaine des relations privées; les Anglais et les Américains ne connaissent point de barrières nationales quand il s'agit de leur commerce; ils ont brisé celles que leur opposaient la Chine et le Japon. Qu'ils soient donc logiques et qu'ils brisent aussi la barrière que leur *common law* élève entre la race anglo-saxonne et les autres peuples. Ici l'intérêt et le droit peuvent se donner la main; la communauté de droit que les Allemands et les Italiens veulent établir par respect pour la justice et pour

(1) Boullenois, voyez le t. 1er de ces Études, p. 51, n° 21.

les nationalités, sera en même temps un lien pour les intérêts du commerce.

N° 3. OBJECTIONS DES ANGLO-AMÉRICAINS CONTRE LE STATUT PERSONNEL

I

85. Parmi les objections que les Anglo-Américains font contre le statut personnel, il y en a qui reposent sur des malentendus. Il importe de les écarter, ce sera un obstacle de moins au rapprochement des hommes et des idées. Nous avons rencontré dans l'histoire du droit international le système des *lois personnelles* qui régissait les barbares après l'invasion. On se sert aussi de l'expression *lois personnelles* ou *statuts personnels* pour caractériser les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes. L'identité du terme a fait illusion aux légistes anglo-américains; ils ont cru que la personnalité des statuts était la reproduction de la personnalité des lois barbares. On prévoit l'objection à laquelle cette confusion donne lieu. La personnalité des Germains était une marque de barbarie; de personnelles, les lois sont devenues territoriales; la territorialité est un progrès sur la barbarie; donc vouloir rétablir la personnalité des lois, c'est rétrograder au moyen âge, pour mieux dire jusqu'à l'invasion des Barbares (1).

Il y a dans cette objection une singulière confusion d'idées. D'abord Wharton, qui s'est fait l'organe de ce reproche, se trompe en identifiant la personnalité des lois barbares avec le statut personnel tel qu'on l'entend dans la doctrine du droit international privé. J'ai établi cette différence dans la partie historique de ces Études (2); il suffit de rappeler que le système des Barbares comprenait toutes les lois, même les lois pénales, tandis que le statut

(1) Wharton, *On the conflict of laws*, §§ 7-14 : « *Territory a necessity of modern culture.* » Schmid (*Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen Grenzen*, Jena, 1863) dit aussi que le système *territorial* est un principe de l'État moderne. Comparez le jugement d'une cour d'Écosse, dans Story, *Conflict of laws*, p. 136, § 97.

(2) Voyez le t. Ier de ces Études, p. 235, nos 168-177.

personnel ne concerne que les lois d'intérêt privé; dès qu'il y a un intérêt social en cause, comme en matière pénale, l'étranger est régi par la loi territoriale. Ainsi la science moderne ne retourne pas à la barbarie, elle tient compte de l'élément territorial, en tant qu'il se confond avec l'intérêt de la société; elle maintient donc le statut réel, en considérant comme réelles toutes les lois qui touchent aux droits de la souveraineté. Jusqu'ici il y a malentendu. Si, à côté des statuts réels, nous plaçons des statuts personnels, c'est parce que ces lois sont étrangères à la souveraineté et concernent uniquement des intérêts privés.

L'opposition des Anglo-Américains contre le statut personnel tient encore à un malentendu, en ce sens qu'ils ne distinguent pas les diverses lois, et confondent celles qui règlent des intérêts privés avec celles qui sont de droit public. Je reviendrai sur cette confusion. Pour le moment, il s'agit d'un débat historique, et sur ce terrain l'erreur de Wharton est certaine (1). Il suppose que les premiers glossateurs trouvèrent en pleine vigueur le système de la personnalité des lois barbares. Le légiste américain ne cite aucun témoignage à l'appui de son assertion; il a contre lui toutes les probabilités. Pour que le droit varie d'après les races, il faut que la différence des races subsiste; or, au douzième siècle, on ne savait plus ce que c'était qu'un Franc salien, un Franc ripuaire, un Bourguignon, un Alaman, un Lombard et un Romain; la fusion des races avait mis fin à la personnalité du droit, en même temps que sur les ruines de l'empire carlovingien s'étaient élevés les petits États féodaux, dans le sein desquels l'élément territorial prit la place de l'élément personnel. Ainsi ce n'est pas la personnalité qui régnait au moyen âge, c'est la territorialité, laquelle avait pour maxime que toutes coutumes sont réelles, ce qui est le contre-pied absolu de la personnalité des lois barbares. La mission des glossateurs n'était donc pas, comme Wharton le croit, de concilier le principe de la personnalité avec celui de la territorialité; loin de là, ils réagi-

(1) Wharton, *On the conflict of laws*, p. 678.

rent contre la réalité des coutumes qui écartait toute idée d'une loi personnelle, ce qui le prouve, c'est que tout était réel dans le système féodal, même la capacité. Les glossateurs furent les premiers à réclamer une place pour la personnalité humaine ; à une époque où la terre dominait, ils demandèrent que l'on tînt compte de l'état et de la capacité des personnes et qu'on la réglât, non par la loi du territoire, mais par celle du domicile.

Wharton a encore une idée plus singulière ; il rattache la personnalité du droit à la domination d'une tribu conquérante et d'une caste de guerriers (1). Il est vrai que, dans l'opinion de Savigny, la personnalité des lois s'établit après la conquête ; mais il ne dit pas, et personne n'a jamais dit, que la domination des Francs saliens soit pour quelque chose dans la diversité des lois suivant les races. Les Francs laissèrent aux vaincus, Romains et Germains, leurs coutumes ; si les Romains n'avaient que la moitié de la composition à laquelle les Barbares avaient droit, cela tient à l'orgueil du Barbare en face des Romains de l'empire ; mais il n'y avait pas l'ombre d'une caste, l'aristocratie feodale n'existait encore qu'en germe, il fallut cinq siècles pour qu'elle se formât.

86. Faut-il demander, après cela, s'il est vrai, comme le dit un juge écossais (2), que reconnaître des statuts personnels établis par des lois étrangeres, ce serait rétrograder à la barbarie des lois personnelles qui variaient d'après les races ? Il y a, il est vrai, un élément de barbarie dans le système des lois que l'on nomme personnelles ; les Germains n'avaient aucune notion de l'Etat, de la souveraineté ; ils ne connaissaient que des relations personnelles, d'intérêt privé. Voilà une marque de barbarie. L'idée de souveraineté commença à se faire jour dans les petits Etats féodaux, et elle y prit le caractère de territorialité ; en ce sens, les Anglo-Américains ont raison de dire que la territorialité a été un progrès. Mais il y a aussi dans la territorialité féodale un principe barbare, c'est qu'elle subordonne l'homme au sol, à tel point que la per-

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 21.
(2) Lord Meadowbank (Story, *Conflict of laws*, p. 136 de la 7e édition).

sonne devient l'accessoire d'une chose. Eh bien, cette barbarie se trouve au fond de la réalité des lois que les légistes d'Angleterre et des États-Unis préconisent comme une conquête de la civilisation. Qu'ils veuillent bien écouter notre Bourgoingne; le jurisconsulte belge leur apprendra ce que c'est qu'un statut réel.

Un glossateur dit que les biens sont l'accessoire de la personne. Ne serait-ce pas l'avis des Anglo-Américains, la race la plus personnelle qui existe? Personne, je pense, ne contestera le principe. Eh bien, le réalisme dit le contraire. Bourgoingne commence par déclarer que les biens sont pour l'homme le sang et l'âme. C'est dire que les biens sont la chose principale; l'homme qui n'a pas de biens, dit notre légiste, ressemble à un mort au milieu des vivants. Il décide, en conséquence, que la personne suit la loi des immeubles et prend leur nature : la personne est attirée par les biens, dominée par les choses. Les glossateurs enseignaient, comme nous le faisons, que le statut personnel s'étend aux biens situés hors du territoire. Notre légiste féodal traite cette idée de folie : ce sont les biens qui rendent les personnes capables ou incapables, comme au moyen âge la terre rendait les hommes nobles ou serfs (1). Voilà la doctrine de la réalité dans toute sa force, mais aussi dans toute sa crudité. Je doute qu'elle soit du goût des Anglo-Saxons, la race qui tient le plus à son individualité. Faire de l'homme l'accessoire du sol, c'est aussi une barbarie. Et c'est cependant cette barbarie qui se trouve au fond de la théorie des réalistes, laquelle est celle des légistes anglo-américains. C'est encore une barbarie que de poser comme principe que la loi territoriale commande, en maîtresse absolue, aux hommes et aux choses. Telle est également la doctrine des réalistes : c'est le sens de leur maxime favorite, que les coutumes sont réelles, elles sont réelles parce qu'elles sont souveraines, et cette souveraineté absorbe tout, hommes et choses. Dans cet ordre d'idées, il ne peut être question d'un statut personnel, mais il faut ajouter que c'est une idée bar-

(1) Voyez le t. 1er de ces Études, n° 307, p. 442.

bare, car elle ne reconnait aucun droit à l'étranger; le souverain peut lui défendre de mettre le pied sur son territoire, et s'il consent à l'y recevoir, c'est pour mettre la main sur lui, et pour l'assujettir en tout à sa volonté. Voet, le plus logique des réalistes, reconnait tous ces droits à la souveraineté territoriale.

Je demanderai encore une fois aux légistes anglo-américains si cette souveraineté est de leur goût. C'est aussi une barbarie, mais inverse de celle qu'ils reprochent aux Germains. Les conquérants de l'Empire n'avaient aucune idée de l'Etat, ni d'une puissance souveraine; c'était rendre la société impossible, et tout abandonner aux forces individuelles, ce qui, à une époque de barbarie, devait conduire au règne de la violence, et à la destruction de l'idée même d'une justice sociale. Si les Barbares ignoraient l'Etat, par contre les Anglo-Américains oublient que l'homme a des droits, et que l'Etat a pour mission de les sauvegarder. Pour être juste, il faut ajouter que les deux principes ont leur légitimité, à condition qu'on les renferme dans leur sphère. L'individualisme germanique est la première manifestation de ce principe de liberté individuelle qui caractérise les peuples modernes, et surtout la race anglo-saxonne. Si les légistes étudiaient l'histoire à un point de vue philosophique, ils se garderaient de qualifier de barbare le sentiment de personnalité qui animait nos ancêtres, quelque exagéré qu'il soit. Et il faut rendre justice aussi à l'idée de souveraineté, sans laquelle la coexistence des hommes en société serait impossible. Il y a donc une part à faire aux deux éléments qui semblent s'exclure l'un l'autre. Toute la science du droit international privé dépend de ce partage. On peut la réduire à ces deux propositions : les lois d'intérêt privé sont du domaine de l'individu et de la loi personnelle qui le gouverne : les lois d'intérêt public sont du domaine de la loi territoriale. Dans le conflit des deux lois, celle de l'étranger et celle du territoire, la loi territoriale l'emporte quand il s'agit d'un intérêt social. Pour mieux dire, il n'y a plus de conflit entre la loi personnelle et la loi réelle, chacune est souveraine dans sa sphère.

II

87. Les droits que je reconnais à la puissance souveraine me conduisent à une autre objection contre le statut personnel; et ici on peut donner entière satisfaction au légistes anglo-saxons. Il s'agit encore une fois d'un malentendu. Les Anglais et les Américains disent qu l'on ne peut admettre le statut personnel ou national d l'étranger, parce qu'on serait obligé de légitimer toute les iniquités, toutes les immoralités des lois étrangères en ce sens, du moins, qu'on devrait en permettre l'application à titre de statut national. Voici les Chinois qu viennent s'établir en masse aux Etats-Unis, non pas comme les émigrants de l'Europe, pour se fondre dans la population américaine, en prenant les idées et les sentiments de la race anglo-saxonne; ils ne se fixent pas à demeure en Amérique, ils conservent leur domicile et leur nationalité, pour retourner dans leur patrie après qu'ils auront fait fortune. Les Chinois, si l'on admet le statut personnel, seront donc régis par la loi chinoise; si celle-ci leur permet la polygamie, ils pourront contracter aux Etats-Unis des unions polygamiques. Le père a, en Chine, un pouvoir despotique sur ses enfants, à tel point que, pendant sa vie, l'enfant n'est pas lié par les obligations qu'il contracterait; il en résulte qu'aux Etats-Unis, les Américains n'auront pas d'action contre leurs débiteurs tant qu'ils sont sous puissance paternelle. C'est pis que de recevoir des lois qui émanent d'une souveraineté étrangère, ce serait acclimater sur notre territoire la barbarie chinoise. Quel est l'Etat qui voudrait légitimer l'immoralité et la servitude, au nom du statut personnel? Il y a une loi qui domine tout, c'est celle de la civilisation chrétienne, base de la moralité et de la liberté. Que les Chinois gardent leurs lois; mais défendons-leur de les pratiquer chez nous, quand elles contrarient les principes du christianisme (1).

88. Les malentendus abondent dans cet acte d'accusa-

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 26, § 10.

tion. Laissons d'abord de côté le christianisme, base de la moralité et de la liberté (1). Si Wharton veut ouvrir les livres sacrés de l'Ancienne Loi, il y trouvera l'immoralité de la polygamie, autorisée par une prétendue révélation; et il n'a qu'à jeter les yeux autour de lui pour trouver une détestable secte qui invoque précisément la Bible pour légitimer les unions polygamiques. Quant à la liberté chrétienne, le légiste américain se fait une étrange illusion s'il croit qu'il est question, dans l'Evangile, de la liberté civile et politique : qu'il lise les Epîtres de saint Paul, et il apprendra que les esclaves ne doivent pas même désirer d'être libres; et sans remonter jusqu'à l'Ecriture sainte, il n'a qu'à relire les sermons des prêtres esclavagistes, il y trouvera tout un attirail de témoignages chrétiens en faveur de la servitude. Si nous sommes libres, nous le devons au vif sentiment de liberté qui animait les races germaniques. Et si notre moralité est supérieure à celle des peuples de l'Orient, il faut tenir compte encore de l'élément de race; la pureté de l'Evangile n'a pas empêché le monde romain de périr dans la pourriture; si le christianisme a civilisé les Barbares, de leur côté les Barbares ont été les auxiliaires providentiels de la religion chrétienne (2).

Il y a un autre malentendu dans le reproche que Wharton fait au statut personnel, c'est que ce statut est hors de cause quand il s'agit de lois étrangeres qui sont contraires à la morale et à la liberté. Qui a jamais dit que la personnalité des statuts permet à des étrangers de pratiquer la polygamie? Nos lois punissent la polygamie comme un crime; et le crime deviendrait il légitime si une loi étrangère l'autorisait? Cette loi fût-elle une loi prétenduement révélée, il y a une loi qui est au-dessus de la révélation, c'est la loi pénale qui sauvegarde l'existence de la société. Quant à la liberté, civile et politique, elle n'est pas non plus mise en danger par la personnalité des statuts. Il a toujours été reconnu que le statut personnel ne peut être

(1) Comparez le t. I[er] de ces Etudes, p. 183, n[os] 125-130

(2) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. IV, Le Christianisme, et t. V, Les Barbares et le Catholicisme

opposé aux lois qui concernent l'intérêt social : et y a-t-il un plus grand intérêt pour la société que la liberté sous toutes ses faces? L'existence de la société est en cause lorsque la liberté est compromise. Et ce n'est pas le statut personnel qui la compromet; car si le statut de l'étranger y était contraire, il serait sans force devant la loi des lois, celle qui établit la liberté comme base de la société civile. Il faut donc écarter tous les reproches que les légistes américains adressent à la personnalité des statuts (1). Non, le système des castes ne s'introduira pas dans les pays où règne l'égalité, si des statuts étrangers admettaient les castes ou les priviléges de l'aristocratie. Non, la tyrannie religieuse, avec ses excommunications et ses jugements d'infamie, ne s'implantera pas dans les États qui pratiquent la liberté religieuse; on arrêtera à la frontière les statuts qui la violent, parce que ces statuts sont essentiellement territoriaux, et sont par conséquent renfermés dans leur territoire. Non, les États-Unis n'ont rien à craindre du papisme; au moins ce n'est pas de la doctrine du statut personnel que viendra le danger, puisque le statut papiste est dominé par la loi territoriale; que celle-ci veille à ce que le catholicisme ultramontain ne pénètre pas sous le masque mensonger de liberté : là est le vrai ennemi.

89. Cela est d'une telle évidence que l'on se demande comment les légistes anglo-américains peuvent invoquer, contre le statut personnel, des hypothèses où il n'y a pas lieu d'appliquer le statut. Ils donnent une autre forme à l'objection. Si l'on écarte le statut personnel quand il est en conflit avec l'intérêt social, c'est en dérogeant au principe qui admet le statut de l'étranger dès qu'il s'agit de son état et de sa capacité. Pour empêcher l'application des lois étrangères quand elles compromettent les droits de la société, on est obligé de multiplier les exceptions à tel point qu'elles absorbent la règle. N'est-ce pas une preuve que le principe même est faux (2)? C'est, me sem-

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 91, § 100, et p. 95, § 104 *a*. Story *Conflict of laws* p. 35, §§ 91 et 92.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 136, § 98.

ble-t-il, un nouveau malentendu. Supposons qu'il s'agisse d'exceptions au statut personnel, quelque nombreuses qu'elles fussent, il faudrait dire qu'elles confirment la règle; on n'a jamais dit de l'exception qu'elle détruit la règle. Mais il faut aller plus loin : dans l'espèce, il ne s'agit pas d'exceptions. Le statut personnel n'est pas plus une exception au statut réel, que le statut réel n'est une exception au statut personnel. Il y a deux ordres de lois, les unes d'intérêt général, les autres d'intérêt privé : les premières sont réelles en ce sens qu'elles l'emportent sur tout statut personnel qu'on voudrait invoquer contre elles; les autres, qui sont attachées à la personne et la suivent partout, parce que la souveraineté territoriale n'a ni intérêt ni droit de s'y opposer. Ce qui a trompé les légistes anglo-américains, c'est que, dans l'ancien droit, on avait commencé par admettre comme règle absolue que toutes coutumes sont réelles; c'est par dérogation à cette règle, donc à titre d'exception, que les glossateurs, puis les statutaires français et belges admirent la personnalité des statuts qui règlent l'état et la capacité des personnes. De là d'interminables controverses pour déterminer les limites de la règle et celles de l'exception. La raison en est que le point de départ est faux; on ne peut pas dire que toute coutume est réelle, et l'on ne peut pas dire non plus que toute coutume est personnelle; les lois sont réelles ou personnelles selon qu'elles ont pour objet l'intérêt général ou l'intérêt privé; ce sont deux ordres d'idées tout différents, ce qui exclut le rapport de la règle et de l'exception.

90. Telles sont les objections des Anglo-Américains. Elles ont trouvé de l'écho en Allemagne, où tous les systèmes sont accueillis avec une facilité un peu trop grande. Toutefois cette lutte de théories a un bien, c'est qu'elle met les principes en évidence, et elle en découvre le côté faible. La personnalité a des inconvénients. Je suppose qu'une personne ne puisse être propriétaire d'un immeuble dans son pays; il en est ainsi des catholiques en Suède. C'est un statut personnel : suivra-t-il les catholiques suédois en France et dans les autres pays où ré-

gnent la liberté religieuse et la liberté civile? Si l'on admet le statut personnel, dit Bar, il faut répondre affirmativement; mais alors, ajoute-t-il, on se met en opposition avec le principe que les étrangers sont assimilés aux indigènes pour la jouissance des droits privés (1). Je réponds qu'on se met encore en opposition avec le principe fondamental du droit civil international; les statuts qui tiennent à l'intérêt public sont réels, en ce sens qu'ils ne dépassent point le territoire ou ils ont été portés. Or, tels sont les statuts qui établissent des incapacités civiles fondées sur des motifs religieux, disons mieux : sur des préjugés. L'homme a-t-il un plus grand intérêt que la religion? Cela est surtout vrai là ou la religion domine l'Etat, à tel point qu'elle lui impose même ses préjugés. Donc le statut qui donne des privilèges civils aux croyants, et qui place les non-croyants dans un état d'infériorité et d'incapacité, est, au point de vue de la loi territoriale, un statut d'intérêt public, partant, limité au territoire. D'autre part, dans les pays ou la liberté religieuse existe, cette liberté est aussi une des bases de l'ordre social; ce serait donc porter atteinte à une loi fondamentale que d'y appliquer des incapacités civiles qui violent l'égalité des cultes et des citoyens.

La réponse est péremptoire en ce qui regarde la question des statuts. C'est l'application des principes généraux qui régissent le statut réel : il domine le statut personnel qui lui est contraire, et il est sans autorité hors du territoire. Toujours est-il qu'il en résultera, en fait, une singulière anomalie : le Suédois jouira, en France, d'un droit qu'il n'a point dans sa patrie, et le Français sera exclu, en Suède, d'un droit qui, en France, forme le droit commun. Cette anomalie découle d'une autre anomalie qui est plus étrange encore : c'est que le droit public, ou l'intérêt général, a des conséquences contraires dans les divers pays. En Suède, il est de droit public que les catholiques, indigènes ou étrangers, ne jouissent point de la liberté civile, et soient, par conséquent, incapables d'être pro-

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 153, § 45.

priétaires; tandis qu'en France, le droit public veut que les catholiques et les protestants, indigènes ou étrangers, jouissent des mêmes droits civils, et qu'ils aient la faculté d'acquérir des propriétés immobilières. Cela est vrai, mais il ne faut pas imputer ces absurdités à la doctrine des statuts, elles ont une cause plus profonde; c'est, dans l'espèce, un préjugé de religion, le plus difficile à guérir, parce qu'on inculque ces erreurs à l'homme dès son enfance. Il faut en attendre la guérison du progrès des lumières, lent, il est vrai, mais certain.

91. Ces anomalies donnent lieu à une nouvelle objection, qui est plutôt une difficulté. Comment déterminer ce qui est d'intérêt public et ce qui est d'intérêt privé (1)? En théorie, la solution est facile. L'intérêt social dépend de l'organisation politique et civile de chaque État; et comme, dans la condition actuelle de l'humanité, il n'y a pas de pouvoir supérieur aux diverses nations, chacune est maîtresse souveraine de régler ses intérêts comme elle l'entend; c'est dire que la décision de ce qui est d'intérêt général ou individuel dépend de l'État intéressé, donc de la loi et des tribunaux qui en sont les interprètes; par conséquent, en cas de conflit, c'est le juge qui décide souverainement quelle loi est réelle, c'est-à-dire d'intérêt social.

Mais cette solution ne met pas fin à l'anomalie, elle la révèle au contraire et prouve qu'elle est irrémédiable. Les lois sont impuissantes; leur empire est renfermé dans les limites du territoire sur lequel s'étend le pouvoir du législateur, et chaque législateur décide d'après les sentiments et les idées, et il faut ajouter, d'après les préjugés de la nation. Écoutez un législateur catholique : il dira que le divorce est une violation de la loi divine, et que la nouvelle union que les époux divorcés contractent est un concubinage légal. Le législateur protestant, au contraire, dira que le divorce est l'exercice d'un droit naturel, que c'est une faculté que la loi ne peut pas même enlever à l'homme, et que ce droit est la sauvegarde de la moralité.

(1) Waechter, dans l'*Archiv fur civilistische Praxis*, t. XXV, p. 21 et 22.

Essayera-t-on de concilier ces prétentions contraires en recourant à des conventions internationales? L'incompatibilité est telle, qu'elle rendra toute négociation impossible; les catholiques ne peuvent point céder sur une loi divine, et les protestants ou libres penseurs ne consentiront pas à réprouver un droit qui pour eux est une condition de moralité. Ce n'est pas à dire qu'il faille à tout jamais renoncer à une entente; l'accord finira par se faire; les préjugés religieux s'affaiblissent à mesure que les hommes s'éclairent; il faut répandre l'instruction à flots, et la diriger de façon que les consciences s'affranchissent du joug des superstitions et de l'intolérance. Alors les peuples pourront s'entendre, sur le terrain de la communauté de droit, c'est-à-dire, de l'égalité de tous les hommes quelles que soient leurs croyances. Il ne faut pas pour cela unité de foi ou de religion, il suffit que l'on reconnaisse à chaque homme le droit de penser et d'agir d'après ses convictions; et c'est là plus qu'un droit, c'est un devoir.

92. Il y a une objection plus grave contre la personnalité des statuts, c'est l'intérêt des tiers. Nous l'avons déjà rencontrée dans la jurisprudence et la doctrine française. Un étranger, incapable d'après son statut personnel, mais capable d'après la loi du territoire où il se trouve, contracte avec un indigène, lequel ignore l'incapacité de celui avec qui il traite. L'étranger pourra-t-il demander la nullité de la convention? Oui, si l'on admet le statut personnel sans restriction; mais dans ce cas, l'intérêt des nationaux sera lésé; et sans qu'il y ait une imprudence à leur reprocher, on le suppose. Cela n'est pas juste, dit-on, il faut que l'on donne au juge un pouvoir d'appréciation : il maintiendra la convention si le Français n'est pas en faute, il l'annulera s'il a été imprudent ou négligent (1).

Les Anglo-Américains se préoccupent beaucoup de cette face de la doctrine des statuts; ils tiennent avant tout à ce que les contrats soient stables, et à ce que les parties puissent traiter avec une entière sécurité. Voilà pourquoi

(1) Voyez plus haut, p. 82, nos 48-51.

ils ne se contentent pas de la restriction que la jurisprudence française apporte au statut personnel ; ils se refusent à admettre le statut même, parce que, dans son application, il entrave et trouble les relations commerciales. Il faut d'abord les écouter, car ils parlent au nom d'un grand intérêt, celui du commerce. Un des premiers et des plus savants jurisconsultes qui aient écrit sur le droit civil international, Burge suppose qu'un Espagnol âgé de vingt-trois ans, contracte en Angleterre ; d'après son statut personnel, il est mineur et incapable tant qu'il n'a pas atteint sa vingt-cinquième année ; d'après la loi anglaise, il est majeur et capable. Pourra-t-il invoquer son statut personnel pour demander la nullité du contrat ? Non ; dans un pays où les hommes sont majeurs à vingt et un ans, toute personne arrivée à cet âge doit être réputée capable. Vainement dirait-on que l'Anglais qui traite avec un étranger doit connaître sa condition, donc son état et son incapacité, d'après le vieil adage : « *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.* » Cela est vrai et fondé en raison. Quand deux Anglais ou deux Espagnols traitent ensemble, ils peuvent et doivent connaître les lois qui les régissent, on peut au moins présumer qu'ils les connaissent. Mais on ne peut certes pas présumer qu'un Anglais connaisse les lois d'Espagne, ou qu'un Espagnol connaisse les lois d'Angleterre. Encore serait-on en droit d'exiger que celui qui traite en pays étranger s'enquière des lois qui y sont en vigueur ; il en a les moyens, puisqu'il peut consulter un avocat ; mais comment un Anglais pourrait-il avoir connaissance des lois qui régissent les étrangers ? Et dès que la connaissance des lois étrangères est impossible, il serait contraire à l'équité de leur donner effet au préjudice de ceux qui n'ont pu les connaître (1). C'est la raison pour laquelle, dit un légiste moderne, la doctrine des statuts personnels n'a jamais été reçue en Angleterre : « Tant que la loi anglaise restera ce qu'elle est, il faut admettre comme règle certaine qu'elle exclut l'application de toute

(1) Burge, *Commentaries on colonial and foreign law* (partie I, chap. IV, p. 27 et 28).

loi étrangère concernant l'état ou la capacité, quand il s'agit d'un contrat passé en Angleterre (1).

Il en est de même aux Etats-Unis, là où règne la *common law*. Story reproduit l'argumentation de Burge et, il faut l'avouer, elle a encore plus de force dans un pays qui reçoit chaque année des milliers d'étrangers et qui est séparé de l'Europe par l'immensité de l'Océan. Comment veut-on que les Américains connaissent les lois de toutes les nations européennes, alors que les légistes eux-mêmes les ignorent ? Et est-il équitable de rompre les contrats qu'ils font, en leur appliquant des lois qu'il leur est impossible de connaître ? Il est bien plus juste de soumettre les parties contractantes aux lois du pays où elles traitent; les étrangers comme les indigènes peuvent acquérir facilement la connaissance de ces lois. De cette manière, les parties traiteront en toute sécurité. La plus simple prudence d... engager les étrangers à s'enquérir des lois du pays où i... se trouvent avant de souscrire une convention ; s'ils ne font pas, ils doivent subir les conséquences de leur impr... dence ; il serait de toute iniquité qu'ils pussent invoqu... leur loi personnelle que l'autre partie n'a pu connaîtr... pour rompre un contrat que celle-ci a dû croire valabl... Ce sont les paroles d'un juge anglais que Story fa... siennes (2).

93. Sur le terrain de l'intérêt, les Anglo-Américai... ont raison. Mais la question a une autre face. Quand ... parle du statut personnel d'un étranger, que les nationau... ne peuvent connaître, on suppose que l'étranger est inca... pable : c'est un mineur, une femme mariée, un interdi... L'incapacité est un droit pour ceux qui en sont frappés... la nature même rend les mineurs et les aliénés incapable... et une loi à peu près universelle place les femmes dans ... dépendance du mari. Les incapables ont le droit de ... prévaloir de leur incapacité ; c'est encore la loi commun... de toutes les nations. Le législateur constate l'incapaci... plutôt qu'il ne la crée, et en accordant sa protection au... incapables, il remplit un devoir ; la loi doit veiller au...

(1) Westlake *Private international law*, p. 382, § 401, et p. 384, § 402.
(2) Lord Stowell (Story, *Conflict of laws*, p. 78, § 76).

intérêts de ceux qui ne peuvent pas gérer eux-mêmes leurs affaires. Reste à savoir si les incapables n'ont plus droit à la protection qui leur est due, quand ils contractent en pays étranger ? En principe, personne n'oserait soutenir que le mineur étranger, que l'interdit étranger doit être abandonné à ses passions ou à sa déraison. La qualité d'étranger est un motif de plus pour que le législateur entoure de sa sollicitude ceux qui ne jouissent plus de la protection de leur famille, qu'ils trouvaient dans leur patrie. L'équité est ici d'accord avec le droit : les incapables doivent trouver aide et appui partout. Or, il n'y a qu'un moyen de les protéger, c'est de reconnaître, en pays étranger, leur état et leur incapacité, tels qu'ils sont réglés par leur statut personnel ou national. La raison en est que le législateur de chaque peuple a seul qualité pour apprécier l'influence que les circonstances physiques, intellectuelles et politiques exercent sur l'état des personnes. Et si la loi nationale maintient la minorité jusqu'à vingt-cinq ans, de quel droit la loi étrangère traitera-t-elle des mineurs comme majeurs, et déclarera-t-elle capables ceux qui sont incapables ? Ce serait violer le droit de l'incapable, et c'est ce droit qui joue le grand rôle dans la matière des statuts (1).

91. Il y a conflit entre le droit et l'intérêt : lequel doit l'emporter ? En principe, je n'hésite pas à répondre : le droit. Le droit est une condition essentielle pour l'existence de la société. Détruisez le droit, il n'y aura plus de société : et que deviendront alors les intérêts ? Affaiblissez seulement l'empire du droit, vous ébranlerez par cela même l'edifice social. Donc, le droit est la loi suprême. Si l'opposition entre le droit et l'intérêt était insoluble, il faudrait se prononcer en faveur du droit. Que l'on ne dise point que si tous les intérêts étaient froissés, la société aussi en souffrirait. Je réponds que l'intérêt n'a point le caractère absolu qui distingue le droit. Le conflit ne se

(1) Fœlix prend parti pour le droit contre la doctrine de l'intérêt national. *Traité du droit international privé*, t. I, p. 200-203, § 88, de la 4e édition. Dans le même sens, Lomonaco *Diritto civile internazionale*, p. 153. Comparez Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 161, § 45.

présente que dans les relations entre les indigènes et les étrangers. Or, quelque multipliés que soient les rapports entre les peuples, les procès internationaux seront toujours un fait relativement rare. Ouvrez un recueil de jurisprudence, les procès vont en augmentant avec la complication des intérêts ; mais le droit international privé y occupe une place très petite ; la raison en saute aux yeux, la masse des conventions interviennent entre indigènes, et dans ces procès il n'y a pas de conflit entre le droit et l'intérêt. Que si un indigène traite avec un étranger, rien ne l'empêche de garantir ses intérêts. Généralement, la qualité de l'étranger, sa nationalité seront connues, et, par suite, on pourra stipuler des sûretés, des cautionnements, des gages. Si l'étranger ne fournit aucune sûreté, on ne traitera pas avec lui ; ce sera un profit de moins, mais ce profit est si minime, eu égard à la masse des affaires, que l'on ne doit pas en tenir compte ; on ne peut surtout pas mettre en balance un mince intérêt d'argent avec la lésion du droit. Cela me paraît décisif, même sur le terrain de l'intérêt.

On a fait des réponses plus directes à l'objection puisée dans l'intérêt des tiers. En effet, l'objection subsiste. Il est souvent très difficile de savoir si une personne est étrangère ou indigène : le commerce, rapide de sa nature et vivant de confiance, ne comporte pas les recherches minutieuses auxquelles on peut, à la rigueur, se livrer dans les affaires civiles. Le conflit entre le droit et l'intérêt, pour n'être pas fréquent, n'existe pas moins. Nous avons entendu les partisans de l'intérêt, il faut écouter les défenseurs du droit. La connaissance des lois, dit-on, est chose indifférente quand il s'agit de la validité d'un contrat. Je puis être docteur en droit à vingt ans, et je pourrai néanmoins, parce que je suis mineur, demander la revision des contrats que je fais. Les majeurs eux-mêmes restent presque toujours dans l'ignorance de leurs lois nationales ; leurs conventions n'en sont pas moins valables. Les Anglais disent qu'ils ne sont pas à même de connaître les lois personnelles de l'étranger : ne pourrait-on pas leur demander s'ils connaissent leurs propres lois ? Comprennent-ils le sens des formules normandes qui

datent du onzième siècle? Savent-ils ce que veut dire : *cestui que use* et *cestui que truste*? Laissons donc là l'ignorance des lois, elle est universelle, ce qui n'empêche pas les hommes de traiter. Ce qu'il importe surtout de connaître, en matière de statuts, c'est l'état de l'étranger et l'incapacité qui en résulte. Fœlix dit que, voulant contracter, alors qu'il pourrait s'en abstenir, l'indigène doit prendre des informations sur la condition de l'étranger avec lequel il se propose de contracter. S'il a traité sans se renseigner, il doit porter la peine de sa négligence. Et s'il ne parvient pas à se procurer des informations exactes, c'est à lui de voir s'il veut courir le risque qui résulte de l'incapacité de l'étranger (1).

Il y a encore une hypothèse; la partie intéressée peut ignorer qu'elle traite avec un étranger; je dirai plus loin ce que les lois pourraient faire pour concilier l'intérêt des nationaux, qui est aussi l'intérêt du commerce, avec le droit de l'étranger. Ce sera, en tout cas, une rare exception : le nom, le langage, les allures révéleront l'origine étrangère, et si l'ignorance était invincible, elle devrait nuire à celui qui contracte par erreur avec un incapable plutôt qu'à l'incapable; bien entendu, si celui-ci n'a rien fait pour induire en erreur la personne avec laquelle il contracte. Si, par un silence calculé, ou par des agissements quelconques, l'étranger avait fait croire à sa capacité, il serait de mauvaise foi, ce qui donnerait à l'autre partie le droit de réclamer des dommages-intérêts équivalents au profit qu'elle aurait retiré de la convention. Fœlix paraît douter de ce droit; je crois que c'est à tort : toute faute et, s'il y a lieu, tout délit civil donnent lieu à une action en dommages-intérêts. Au besoin, le législateur pourrait porter une disposition en ce sens. Les parties contractantes ont un moyen très simple de constater la mauvaise foi de l'étranger; si elles ne connaissent point la personne avec laquelle elle veulent traiter, elles peuvent exiger que celle-ci déclare sa nationalité, ainsi

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 201, n° 88. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 140, 141.

que sa condition et sa loi personnelle · en supposant que ces déclarations soient fausses, il n'y a point de juge qui refuserait de condamner l'étranger à des dommages-intérêts, lesquels, même d'après notre législation, pourraient être garantis par la contrainte par corps (1).

Le législateur prussien s'est préoccupé des inconvénients qui peuvent résulter de l'ignorance où les nationaux se trouvent du statut personnel de l'étranger; il dispose que la capacité de l'étranger sera déterminée par la loi en vertu de laquelle le contrat sera maintenu. Si un Français âgé de vingt et un ans contracte à Berlin, la convention sera valable, en vertu de la loi française, bien que, d'après le code prussien, elle serait nulle. Ceci est le droit commun du statut personnel. Voici la restriction. Si un Espagnol, âgé de vingt-quatre ans, et partant mineur d'après son statut national, contracte à Berlin, la convention sera encore valable ; on appliquera la loi la plus favorable, le code de Prusse, qui fixe la majorité à vingt-quatre ans. Savigny semble approuver ce correctif (2) ; mais ce n'est pas remédier aux inconvénients du statut personnel que d'enlever à l'étranger le bénéfice de son statut ; cela ne s'appelle pas corriger le statut personnel, c'est l'abolir. On dit que c'est appliquer la loi la plus favorable. Cela est vrai pour le Prussien ; cela n'est pas vrai pour l'Espagnol : c'est, en définitive, le système de l'intérêt national.

95 La difficulté n'a pas encore reçu de solution complètement satisfaisante. Dans cet état de choses, je me permettrai, de mon côté, de proposer des moyens de rémédier au mal. Je viens de dire que les parties contractantes pourraient exiger une déclaration concernant la nationalité et le statut personnel de celui avec qui elles traitent. Elles ne le font point et ne songeront pas à le faire, parce que cela n'est pas dans nos usages, et le plus souvent cela est inutile. Pour que cette mesure de prudence s'introduise dans nos mœurs, il faut que le législa-

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 159-161.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 143 et 144.

teur en prenne l'initiative. La loi dirait : « Celui qui contracte à l'étranger doit faire connaître son statut personnel, et, s'il y a lieu, l'incapacité dont il est frappé. S'il n'a point fait cette déclaration, les tiers qui ont traité avec lui pourront demander l'application de la loi territoriale, pourvu qu'ils soient de bonne foi. Si les parties dressent un acte authentique de leurs conventions, le notaire doit, sous sa responsabilité, exiger qu'elles déclarent leur nationalité et leur statut national. »

Je m'attends à bien des objections ; j'essayerai d'y répondre d'avance. Les légistes anglo-américains diront que je ressuscite les *professiones* des lois barbares et avec elles la barbarie. Ce jeu de mots ne m'effraye point. Nous avons fait bien des emprunts aux peuples du Nord que l'on appelle barbares et qui eux-mêmes se glorifiaient de ce titre en face de la décrépitude romaine. La liberté, au témoignage de Montesquieu, a ses racines dans les forêts de la Germanie, et les Anglo-Saxons ne répudieront certes pas cet héritage. Les législateurs modernes, belges et français, ont emprunté au droit féodal la publicité des transactions immobilières : auraient-ils dû l'écarter parce que la féodalité procède des conquérants de l'Empire? On l'a dit, mais on a dit un non-sens. Il en est de même dans la matière des statuts. Ce qu'il y avait de barbare dans le système des lois personnelles, c'est que les Germains ne tenaient aucun compte de l'Etat et de sa puissance souveraine ; cet oubli de l'Etat n'est plus que de l'histoire, et personne ne songe à le ressusciter. Mais pourquoi n'admettrions-nous pas les *professiones*, en les adaptant à la théorie des statuts personnels? Un étranger contracte dans un pays où il est inconnu ; s'il est incapable, les tiers qui ignorent sa condition seront lésés : il y a un moyen facile de sauvegarder leurs intérêts, c'est d'obliger l'étranger à faire la déclaration de sa nationalité et de son statut, ainsi que de l'incapacité dont il peut être frappé. Et on le négligerait parce qu'il ressemble aux *professiones* des Barbares ! Je puis invoquer une autre autorité, celle du législateur belge. Notre loi hypothécaire veut que l'officier de l'état civil constate,

dans l'acte de mariage, la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les aura reçues. L'officier de l'état civil doit naturellement demander ces renseignements aux futurs époux. Il y a analogie entre cette disposition et celle que je propose. L'une et l'autre ont pour objet de faire connaître aux tiers des faits juridiques qui les intéressent ; cette publiblicité sauvegarde leurs intérêts. Ces considérations justifient pleinement la déclaration que je propose.

Quelle sera la conséquence du défaut de publicité ? L'acte de mariage ne contient pas la déclaration prescrite par la loi hypothécaire ; il en résultera que les clauses dérogatoires au droit commun qui se trouveraient dans le contrat de mariage ne pourront être opposées aux tiers qui contractent de bonne foi avec les époux, c'est-a-dire, dans l'ignorance des conventions matrimoniales. C'est ce que dit aussi la disposition que je propose. La condition de bonne foi est encore exigée par un autre article de la loi hypothécaire, le premier des Dispositions préliminaires. Ces autorités suffisent, me semble-t-il.

J'ajoute, dans un second alinéa, que si les parties dressent un acte authentique de leurs conventions, le notaire doit, sous sa responsabilité, exiger qu'elles déclarent leur nationalité et leur statut national. Cela suppose qu'un étranger figure au contrat, ou une personne dont la nationalité est douteuse. Les étrangers ne connaissent pas nos lois ; le notaire doit donc exiger la déclaration, et si, par sa négligence, elle n'est point faite, il en sera responsable d'après le droit commun. Sur ce point encore, il y a un précédent dans notre législation. L'article 451 du code Napoléon veut que, dans l'inventaire que le tuteur doit faire dresser des biens du mineur, il déclare, à peine de déchéance, s'il lui est dû quelque chose par son pupille ; comme il pourrait ignorer l'obligation qui lui incombe, le notaire est tenu de lui en faire la réquisition, et mention en sera faite dans le procès-verbal. Dira-t-on que c'est là une formalié gênante et le plus souvent inutile? Elle sera inutile quand la nationalité des parties est certaine ; et telle sera la règle

presque universelle; il va sans dire que, dans ce cas, la réquisition et la déclaration ne se feront point.

96. Les déclarations que je propose suffisent, en droit, pour garantir les intérêts des tiers, puisque ceux-ci sont prévenus qu'ils traitent avec un étranger et avec un incapable. Il reste néanmoins une difficulté de fait : comment les tiers connaîtront-ils l'étendue de l'incapacité qui frappe l'étranger? Il leur faut pour cela la connaissance des lois étrangères; or, l'étranger lui-même les ignore le plus souvent, et l'on ne trouvera guère de légiste indigène qui les connaisse. Ici tout est à faire.

Les lois, dans chaque pays, ne sont obligatoires que lorsqu'elles ont été légalement publiées. C'est une publicité légale, qui est aussi une publicité de fait; il y a bien d'autres voies par lesquelles les lois sont portées à la connaissance des citoyens; les journaux les publient, la presse les répand, l'enseignement les explique. Tous ces moyens de publicité font défaut quand il s'agit d'une loi étrangère. Il n'y a pas même de publication légale, de sorte que les parties intéressées sont obligées par des lois que, légalement, elles ne connaissent point, et que, de fait, il leur est souvent impossible de connaître. C'est une anomalie à laquelle il faut chercher un remède. Il n'y a qu'un moyen légal de publier et de faire connaître les lois étrangères, en tant qu'elles intéressent les nationaux du pays où elles peuvent recevoir leur application, c'est de consigner les principes du droit international privé dans des traités, lesquels seraient publiés comme le sont les lois. La langue française est la langue de la diplomatie, et, de fait, c'est aussi la langue la plus répandue. Toutefois la publication de traités rédigés en français, dans des pays où le français n'est pas la langue nationale, ne serait pas une publicité de fait. Il va sans dire qu'il faudrait y ajouter une traduction faite par des hommes compétents. Fœlix se plaint de la négligence avec laquelle se font les traductions, même officielles, des lois étrangeres; il cite la traduction française du code civil de Prusse (1). Tantôt le

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 71, note 2.

traducteur ne connaît pas la langue de la loi qu'il traduit, tantôt il ne comprend pas la loi. Il n'y a point de travail plus difficile; le traducteur doit être un légiste et un littérateur consommé. L'enseignement doit pourvoir à ce double besoin. Il faut créer des chaires de législation étrangère, à l'usage des diplomates, des administrateurs, des avocats et des magistrats; et c'est dans le sein de ces hommes spéciaux que l'on choisira les diplomates qui négocient les traités, les administrateurs qui les préparent, les légistes qui les traduiront et les juges qui les interpréteront. Les difficultés sont grandes, mais il n'y en a point que l'instruction ne parvienne à vaincre.

Les traités ont encore un autre avantage: ils pourront prescrire et organiser la publicité des actes judiciaires et extrajudiciaires qui concernent l'état des personnes. Tels sont les actes de l'état civil, et notamment le mariage qui entraîne l'incapacité de la femme mariée, l'acte de naissance qui est le point de départ de la majorité, l'acte de décès qui annonce l'ouverture de l'hérédité, puis les jugements qui prononcent l'interdiction ou qui placent sous un conseil judiciaire les prodigues et les faibles d'esprit. Nos codes ont été faits à une époque où la publicité n'était pas encore l'âme des gouvernements; la publicité politique n'existant pas, on ne songeait guère à introduire la publicité civile. C'est un des grands défauts du code Napoléon; la loi hypothécaire belge est entrée dans la voie d'une large publicité, il faut l'étendre à tous les faits qui intéressent les tiers. Le nouveau code civil que l'on prépare en Belgique sera rédigé dans cet esprit. Quand le législateur aura prescrit la publicité pour tous les actes de la vie civile, la diplomatie, à son tour, se préoccupera des grandes questions que soulève le droit international privé. Il faut pour cela le travail préparatoire de la science, non seulement la science écrite dans les livres, mais aussi et surtout la science professée dans les chaires, et de fortes études rendues obligatoires pour tous ceux qui se destinent à un service public. Comment veut-on que l'administration et la diplomatie songent à faire des traités pour établir la communauté de droit entre les peuples, tant que

les administrateurs et les diplomates n'auront aucune idée de ce que c'est que le droit civil international?

Comment se fera cette publicité? On pourrait inscrire tous les actes concernant l'état des étrangers sur un registre qui serait tenu au bureau de l'état civil, et qui serait public. Je n'entre pas dans les détails d'application; nous n'en sommes pas là. Il faut attendre qu'il y ait des traités qui établissent les règles du droit civil international, et il n'y en aura pas de sitôt.

Nº 4. LE STATUT PERSONNEL EST-IL DÉTERMINÉ PAR LA NATIONALITÉ OU PAR LE DOMICILE?

1. *Le code Napoléon*

97. Comment peut-on savoir quel est le statut personnel d'un individu? L'état et la capacité ou l'incapacité diffèrent d'après les diverses lois. Si la personne est régie par la loi française, elle sera majeure et capable à vingt et un ans; si elle est régie par la loi prussienne, elle ne sera majeure et capable qu'à vingt-quatre ans. Il importe donc beaucoup de déterminer le statut qui la gouverne. J'ai toujours supposé que le statut *personnel* est la loi *nationale* des parties, c'est-à-dire que le Français est majeur partout à vingt et un ans, en vertu de la loi française, partant que le Prussien ne sera majeur partout qu'à vingt-quatre ans. Tel est, en effet, le principe consacré par le code civil; l'article 3 porte que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les *Français* même résidant en pays étranger. C'est donc la *nationalité française* qui détermine le statut personnel des Français; ils sont régis partout par la loi française, quand il s'agit de leur état et de leur capacité.

Cependant Merlin suppose toujours que l'état dépend du domicile; de sorte que le Français domicilié en Prusse ne serait majeur qu'à vingt-quatre ans, tandis que le Prussien domicilié en France serait majeur à vingt et un ans. Il en était ainsi dans l'ancien droit, et la puissance de la tradition est si grande dans notre science, que le principe traditionnel du *domicile* s'est perpétué; c'est la doctrine de Savigny

et de Merlin. A vrai dire, les auteurs sont divisés ainsi que les lois. Avant tout, il faut établir solidement que la nationalité est le principe du droit français.

Les textes présentent de légères difficultés (1), mais elles ne sont pas sérieuses. On dit que l'article 3, que j'invoque, décide la question contre le principe de nationalité. Le code parle du Français *résidant* à l'étranger; il suppose donc que le Français est régi par la loi française, tant qu'il n'a dans le pays étranger qu'une simple *résidence;* cela implique que, s'il y acquiert un *domicile*, il cessera d'être régi par la loi française, d'où il faut conclure qu'il sera régi par la loi étrangère, c'est-à-dire par la loi du *domicile.* Est-ce bien là le sens du mot *résidant?* Il faudrait commencer par le prouver; les auteurs du code civil ont-ils entendu faire une distinction, en cette matière, entre la *résidence* et le *domicile?* Il n'y a pas un mot dans les travaux préparatoires qui indique cette intention. Tout ce que l'on pourrait dire, c'est que le législateur consacre l'ancien droit, et partant le principe du *domicile* qui était universellement admis par la doctrine et par la jurisprudence. La raison serait décisive si le domicile, en cette matière, avait encore aujourd'hui l'importance qu'il avait jadis. Je dirai plus loin que l'état du droit a complètement changé et que, par suite, le principe du domicile n'a plus de raison d'être. En disposant que le Français est régi par son statut personnel, partout ou il *réside*, la loi ne veut pas dire qu'il sera régi par le statut étranger, s'il acquiert un *domicile* en pays étranger; elle exprime l'idée qui est attachée au statut personnel, c'est-à-dire que ce statut est inhérent à la personne, et la suit partout. Objectera-t on que les auteurs du code, voulant déroger à l'ancien droit, auraient dû dire que le statut personnel suit le Français, même *domicilié* en pays étranger? Je réponds qu'il y a une raison bien simple pour laquelle le code civil parle du Français *résidant* en pays étranger; c'est qu'en général les Français, alors même qu'ils vont s'établir ailleurs, conservent leur domicile en France, la loi devait

(1) Demangeat, *Du statut personnel.* (*Revue pratique du droit français*, t. 1er, p. 66.)

donc dire *résidant*. Il est vrai que les Français peuvent acquérir un domicile à l'étranger, mais ils conservent néanmoins leur nationalité, et par suite leur loi nationale.

L'article 3, combiné avec la tradition, fournit encore un autre argument en faveur de la loi du domicile. Dans l'interprétation de cet article, j'ai toujours suivi la tradition. De quel droit, dira-t-on, vous en écartez-vous quand il s'agit de la loi du domicile, laquelle était universellement admise dans l'ancienne doctrine? Je m'en écarte parce que la loi du domicile est étroitement liée à l'existence des coutumes qui régissaient l'ancienne France; les coutumes différant dans un seul et même Etat, il n'y avait pas d'autre moyen de déterminer le statut des personnes que de s'attacher au domicile. Cela est si vrai qu'il en est encore de même aujourd'hui dans les pays de droit coutumier. Cet état de choses changea avec la codification : les coutumes furent abolies, et avec elles la distinction des statuts d'après le domicile.

On a encore invoqué l'article 13 qui assimile l'étranger domicilié en France au Français pour la jouissance de tous les droits civils : n'est-ce pas dire que son état aussi est régi par la loi française? Il résulterait de là que l'état de l'étranger, en France, dépend de la loi du *domicile*, ce qui confirmerait l'interprétation que l'on donne à l'article 3. A mon avis, l'argumentation se tourne contre ceux qui s'en servent. L'article 13 ne dit point ce qu'on lui fait dire, il ne parle pas de l'*étranger domicilié*, c'est-à-dire de celui qui a fixé en France son principal établissement (article 102); il parle de l'étranger qui a obtenu de l'empereur l'autorisation d'établir son domicile en France; c'est cette autorisation qui lui donne la jouissance des droits civils. Ainsi l'article 13 n'a rien de commun avec la question que nous examinons; dès lors il ne peut pas la décider. Il s'agit de savoir si c'est la nationalité ou le domicile qui détermine le statut : or, l'article 13 ne dit rien ni du domicile proprement dit, ni de la nationalité. On doit donc le laisser de côté. Le siége du débat est dans l'article 3, et cette disposition ne laisse guère de doute.

S'il restait un doute, il serait levé par l'esprit de la loi.

Pourquoi le statut personnel est-il tellement attaché à la personne qu'il se confond avec elle, et qu'il n'en peut être séparé? C'est parce que l'état est l'expression de la personnalité, c'est-à-dire qu'il est déterminé par les mille circonstances physiques, intellectuelles et morales qui constituent la nationalité. Le statuts variant d'après les lois nationales, il est logique que le Français conserve son statut tant qu'il conserve sa nationalité, et que, de son côté, l'étranger reste soumis à son statut national, tant qu'il est étranger. Qu'est-ce que le domicile a de commun avec cet ordre d'idées? Plaçons-nous sur le terrain du code Napoléon. Un Prussien, âgé de vingt et un ans, s'établit en France : y sera-t-il majeur, alors que, d'après la loi de son pays, il est mineur jusqu'à vingt-quatre ans? C'est à raison de causes et de circonstances particulières à la Prusse que la loi retarde l'époque de sa majorité : il est présumé n'avoir point la capacité naturelle, c'est pour cela que la loi lui refuse la capacité légale. Est-ce que, par hasard, l'incapacité naturelle du Prussien va se changer en capacité, par cela seul qu'il passe la frontière et qu'il fixe son domicile en France? La question n'a point de sens. Poursuivons : le Prussien domicilié en France va-t-il être régi par la loi française? Le code Napoléon lui refuse la jouissance des droits civils, il reste étranger, il ignore les lois françaises, il ne connaît que les lois prussiennes. C'est à tous égards un Prussien, et l'on veut qu'il soit gouverné par la loi française, pour son état et sa capacité, c'est-à-dire pour ce qu'il y a de plus intime dans son existence civile! Je demande quel rapport il y a entre le domicile et la personnalité humaine : le domicile dépend du hasard, du caprice, de l'intérêt, et ces accidents détermineraient un changement dans la personne, dans son état, dans sa capacité ou son incapacité! Cela serait souverainement illogique. La nationalité explique la différence des statuts et leur permanence, le domicile ne l'explique point.

Ainsi l'esprit de la loi est d'accord avec le texte du code Napoléon. La jurisprudence n'a pas eu à décider la question, sans doute parce que, en fait, la nationalité et le domicile se confondent d'ordinaire. Je ne connais que

deux arrêts sur la matière, l'un et l'autre de la cour de Bruxelles. Le premier applique la loi du domicile belge à un Français domicilié en Belgique; il s'agissait d'un engagement contracté en 1777, sous l'empire de l'ancien droit (1); c'est une décision historique, étrangère au code Napoléon. Dans la seconde espèce, la question du domicile et de la nationalité ne pouvait s'élever, puisque l'étranger, un Espagnol, avait conservé sa nationalité ainsi que son domicile en Espagne. Cette circonstance explique la rédaction ambiguë de l'arrêt. La cour constate d'abord que l'appelant est *Espagnol*; dans le système de la nationalité, ce motif suffisait, puis l'arrêt dit qu'il a conservé son *domicile* en *Espagne*; la cour ajoute, ce qui est d'évidence, qu'il en était de même de sa femme et de l'enfant mineur qui figuraient au procès, la femme et l'enfant ne pouvant avoir d'autre nationalité et d'autre domicile que le mari et le père. L'arrêt décide qu'il y a lieu d'appliquer à l'appelant les lois de son *pays* (2); cette expression se rapporte à la *nationalité*. En définitive, on ne peut pas dire que la question ait été résolue, et l'on ne voit pas, par le recueil de jurisprudence, qu'elle ait été débattue.

98. Je dois m'arrêter à la question, parce qu'elle est capitale. Dans l'ancien droit, on suivait généralement la loi du domicile. Cela se conçoit. Les questions de statut, ou, comme disaient les praticiens, les questions mixtes, s'élevaient à raison de la contrariété des coutumes dans un seul et même pays; il était rare qu'il y eût en cause des étrangers et des lois étrangères. Or, entre les habitants des diverses provinces de la France, il n'y avait pas de différence de nationalité, puisque tous étaient Français. Il fallait donc s'attacher au domicile, pour déterminer quelle coutume devait régler le statut personnel. On discutait seulement la question de savoir quel domicile il fallait suivre, le domicile d'origine ou le domicile actuel. L'opinion générale et à peu près unanime des auteurs se prononçait pour le domicile actuel. Toutefois il y avait

(1) Bruxelles, 8 août 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 169).
(2) Bruxelles, 29 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 57).

des dissentiments. Froland, dont le président Bouhier fait l'éloge, se prononça pour le domicile d'origine, afin de donner de la stabilité au statut personnel, lequel, dans l'opinion générale, variait par un simple changement de domicile : « Si, dit-il, la coutume du domicile fixait la majorité de la personne, la liberté que nous avons de changer nos demeures et de résider ou il nous plaît nous jetterait dans de fort grands embarras; le majeur en Normandie deviendrait tout à coup mineur a Paris, et revenant dans son pays natal, il reprendrait son premier état; si depuis il venait à s'établir sous la coutume de Bruxelles, ou il faut vingt-huit ans pour être majeur, le majeur même de vingt-cinq ans serait aussitôt mineur; ce qui jetterait dans des embarras considérables, qu'on peut aisément éviter, en abandonnant à la loi de l'origine la décision de notre question (1). »

Le parlement de Normandie avait fait un règlement en ce sens (en 1666) : « Toute personne *née en Normandie* est censée majeure à vingt ans accomplis. » Ceci est un fait remarquable; les Normands avaient un caractère à part et une nationalité distincte; leurs coutumes aussi différaient des autres coutumes; ils y tenaient fortement, comme souvenir de leur ancienne indépendance. Basnage, qui les a commentées, est le seul auteur ancien qui place la question du statut d'origine sur son véritable terrain, celui de la nationalité. « Tous les peuples, dit-il, ne naissent pas sous des climats également heureux, le ciel ne répand sur les uns que des glaces et des frimas, tandis qu'il communique aux autres ses plus bénignes influences; la nature aussi ne distribue pas également les faveurs de l'esprit. Il y a des peuples qui naissent presque tous avec des génies heureux et capables des grandes choses, et nous connaissons, au contraire, des nations entières d'un esprit grossier et indocile. Si l'on en croit le bon Accurse, les Romains (2), les Lombards et les Normands naissent

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 1581 et 1582. Comparez Boullenois, *Dissertation sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, p. 40.

(2) Accurse dit : « *Roma, avaritiæ caput.* »

avec un génie plus mûr et plus avancé que les autres peuples. M. d'Argentré a cru que c'est la raison pour laquelle la coutume a avancé le terme ordinaire de la majorité (1). » C'est dire que le statut personnel dépend de la nationalité, et s'il en est ainsi, le changement de domicile, plus ou moins accidentel, n'y peut exercer aucune influence : le Romain restant à Paris ce qu'il était à Rome, pourquoi changerait-il de capacité?

Ainsi on a entrevu le vrai principe de l'ancien droit. Néanmoins la doctrine et la jurisprudence restèrent attachées au principe du domicile pour déterminer le statut personnel. Froland lui-même ainsi que le parlement de Normandie ne se prononcèrent en faveur du domicile d'origine qu'en ce qui concerne la majorité. Le domicile actuel restait la règle générale et incontestée. La raison en est simple. Dans l'ancien droit, le principe de nationalité était inconnu, c'est un principe moderne; il est vrai que les nations sont de Dieu et, par conséquent, vieilles comme le monde; mais il a fallu des siècles pour former les nations, et cette œuvre est loin d'être achevée. Encore à la fin du dix-neuvième siècle, la nationalité est une doctrine admise par les uns, combattue par les autres, victorieuse ici et ailleurs méconnue et foulée aux pieds par la conquête et la diplomatie. Le domicile d'*origine*, dont parlent nos anciens auteurs, ne se confondait pas avec la nationalité, car la nationalité des Normands et des Parisiens était la même, tous étaient Français. Seulement on peut dire que le domicile d'origine était un souvenir de l'ancienne division de la France en petits Etats souverains, ces souverainetés locales n'avaient pas toutes leur source dans une différence de race ou de nationalité, mais elles avaient du moins une existence à part, un droit différent, ce qui prouve que les mœurs et les caractères différaient. Au moment où la théorie des statuts se forma, les souverainetés féodales étaient absorbées par la royauté; il ne restait d'autre souvenir des vassalités du moyen âge que la diversité des coutumes. Dans ce nouvel ordre de choses, il

(1) Basnage, sur l'article 431 de la coutume de Normandie (t. II, p. 211, des Œuvres de Basnage).

était difficile de distinguer les hommes d'après leur race ou leur nationalité primitive; comment aurait-on constaté, hors de leur lieu de naissance, que tel individu était de race normande, un tel autre de race bretonne? La difficulté serait devenue une impossibilité si l'on avait eu égard aux baronnies et aux châtellenies dont parle Beaumanoir. Dans le nouvel ordre de choses, il n'y avait qu'un moyen de distinguer les hommes, en ce qui concernait la coutume qui les régissait, c'était de s'attacher au domicile actuel.

On aurait pu, à la vérité, établir une distinction à raison de l'origine, entre les habitants des divers Etats, Français, Espagnols, Allemands ou Anglais. Mais ici il se présentait d'autres difficultés. Dans l'intérieur des divers Etats, le droit variait à l'infini, comme en Allemagne; comment distinguer un droit national, là où il existait à peine une nation? La Belgique formait une dépendance, tantôt de l'Espagne, tantôt de l'Autriche; chaque province était un Etat à part. Les Provinces-Unies se composaient d'Etats indépendants. Cela explique la doctrine des anciens jurisconsultes. Ils ne tiennent aucun compte du conflit des lois étrangères; ils s'occupent uniquement du conflit des coutumes dans un seul et même Etat; dès lors l'idée de nationalité ne pouvait se présenter à leur esprit; les statutaires n'apercevaient qu'un seul moyen de distinguer les individus, en ce qui concernait leur statut personnel, c'était le domicile. De là vient qu'ils ne discutent pas même la question qui occupe tant les jurisconsultes modernes.

II. *La doctrine et la législation.*

99. Le principe du domicile, qui a si longtemps régné dans la matière des statuts, a conservé de nombreux partisans dans la doctrine. Savigny va jusqu'à dire qu'il est universellement admis (1). Cela n'est pas exact : la doctrine est divisée ainsi que la législation (2). Ce qui est vrai, c'est

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 95 et 100.
(2) Voyez les témoignages dans Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 73.

que le domicile est une règle traditionnelle, tandis que le principe de nationalité date d'hier dans le monde politique et, par suite, dans le droit privé. La tradition joue sans doute un grand rôle dans notre science, toutefois il ne faut point s'exagérer son importance. Précisément dans la matière des statuts, la science moderne a abandonné la tradition; elle n'admet plus que toutes les coutumes sont réelles, ce qui aboutissait logiquement à nier le droit international privé; elle n'enseigne plus que la personnalité est reconnue par courtoisie, ce qui veut dire que chaque peuple fait ce qu'il juge de son intérêt de faire, fausse doctrine qui, en mettant l'intérêt à la place du droit, détruit le droit. Il serait facile de réunir des témoignages par centaines en faveur de la réalité des coutumes ainsi que de la courtoisie internationale. En faudrait-il conclure que tels sont les fondements de notre science? Autant vaudrait reconnaître que notre science n'existe point. Il en est de même de la loi du domicile : elle tient aussi au passé, et Savigny écrivait dans un pays qui s'était longtemps appelé le Saint-Empire romain, quoique n'étant, comme le dit Voltaire, ni saint, ni empire, ni romain. Quand une science se renouvelle, pour se constituer définitivement, il ne faut point attacher ses regards sur le passé, il faut les fixer sur l'avenir et admettre comme principe, non ce qui a toujours été, mais ce qui est fondé en raison.

100. On a dit que le domicile est le centre de l'existence juridique d'une personne; c'est là qu'est le siége de ses affaires et de ses intérêts, c'est là qu'elle exerce ses droits, c'est donc là que se trouvent les circonstances et les causes qui déterminent la personnalité, et par conséquent l'état (1). Cette idée a été développée avec une grande habileté par le jurisconsulte napolitain Rocco. C'est par le domicile, dit-il, que l'homme se rattache à la loi qui le gouverne, et le domicile dépend entièrement de sa libre volonté. Il est vrai que l'enfant, en naissant, a le domicile

(1) Unger, *System des österreichischen Privatrechts* (1856), t. I, p. 104, note 2.

de son père; mais, tant qu'il n'a point confirmé le fait de la naissance par son choix et son adhésion, il n'y a point de véritable lien entre lui et la loi; c'est un rapport de protection; de bienveillance et les relations de droit et d'obligation ne se forment que lorsque l'enfant, devenu capable de volonté, manifeste l'intention de rester attaché à la loi que le hasard de la naissance lui a donnée. Il peut quitter le sol qui l'a vu naître et établir ailleurs le siége de ses intérêts et de ses affections; en fixant son domicile dans un autre pays, il se soumet à la loi qui y règne, il la fait sienne, c'est donc cette loi qui devient sa loi personnelle plutôt que la loi de sa naissance; celle-ci est un fait accidentel et indépendant de sa volonté, tandis que l'autre établit un lien juridique entre lui et la loi à laquelle il s'est soumis (1).

Cette explication du domicile est très subtile, mais, à mon avis, elle est aussi fausse que subtile. Non, la naissance ne tient pas au hasard, c'est un fait providentiel. Pourquoi naissons-nous dans telle famille plutôt que dans telle autre? Domat répond que cela se fait par la volonté de Dieu et il en induit, comme conséquence, le droit de succession; l'enfant reçoit de la main de Dieu sa famille et ses droits. Il faut en dire autant de la patrie, la grande famille. Pourquoi naissons-nous en France plutôt qu'en Allemagne ou en Angleterre? Est-ce un fait accidentel? Quoi! ce serait le hasard qui déterminerait les conditions de famille et de patrie, d'où dépend tout notre avenir! Le hasard est un mot vide de sens qui cache notre ignorance. Il est certain que l'enfant apporte en naissant des traits, des facultés, des passions qui le rattachent à la famille et à la patrie au sein desquelles il a vu le jour. De là dépend sa nationalité. Faut il qu'il confirme par sa volonté le lien qui l'enchaîne à ses père et mère? Qui oserait soutenir une pareille absurdité? Eh bien, il est tout aussi absurde de dire qu'arrivé à l'âge de raison, l'enfant confirme par son choix la famille et la patrie qu'il tient de Dieu. Il est vrai que l'homme peut changer de patrie; mais nos lois ne lui

(1) Rocco, *Dell' uso e autorita delle leggi*, p. 6.

permettent pas de changer de famille. Même le changement de patrie a quelque chose de factice; l'homme ne détruit jamais par sa volonté l'élément de race et de nationalité; il faut des générations nouvelles pour que la transformation s'accomplisse. Au point de vue providentiel, cela s'explique : la patrie particulière que Dieu nous donne n'exclut point le lien qui nous relie à l'humanité; la terre entière est notre patrie, nous pouvons donc toujours choisir notre patrie, en changeant de nationalité; mais c'est là un fait très rare, si rare qu'il ne doit pas être pris en considération quand il s'agit de rechercher le fondement du principe de nationalité.

Le mot de nationalité ne figure pas dans la doctrine de Rocco, et il ne se trouve pas dans son livre. Cependant, au moment où il écrivait, les aspirations de l'Italie s'étaient déjà fait jour par des conspirations, par des insurrections; le sang des patriotes avait coulé sur l'échafaud. Dans le monde officiel, on considérait ces généreuses tentatives comme des crimes. Il n'y avait pas d'Italie, pas de patrie commune; et les patries particulières n'avaient d'autre racine que la peur ou les vaines combinaisons de la diplomatie. Je conçois que, dans un pareil état de choses, les légistes soient restés fidèles à la règle traditionnelle du domicile. Limitée au domicile, la théorie de Rocco n'est pas plus exacte que si on l'applique à la nationalité. Faut-il qu'à ma majorité j'accepte le domicile que la naissance m'a donné, pour que ce domicile devienne le mien? Voilà de la subtilité toute pure; c'est dire que nous sommes en pleine fiction. La réalité ignore cette confirmation du domicile d'origine; l'enfant, dès sa naissance, est déjà soumis à la loi de son pays et il profite de ses bienfaits. Devenu majeur, il ne songe pas à confirmer le fait de la nature; le lien que la nature a créé subsiste et se fortifie tous les jours. S'il change de domicile, s'il va s'établir en pays étranger, est-ce à dire que les liens de la naissance se brisent? Le Français devient il Anglais parce qu'il s'établit en Angleterre? Se soumet-il à la loi anglaise dans tout ce qui concerne sa personnalité, son état, sa capacité? A toutes ces questions, les hommes et

les lois répondent d'une voix unanime. Non. Un changement de domicile est une affaire d'intérêt; qu'y a-t-il de commun entre l'intérêt et la personnalité humaine?

Il y a encore une autre erreur dans la justification du domicile considéré comme principe et comme fondement de la personnalité des lois. Rocco suppose qu'il faut le consentement de l'homme pour qu'il soit soumis à la loi du pays où il établit son domicile, que ce pays soit sa patrie d'origine ou sa patrie d'adoption. C'est une nouvelle fiction, on l'appelle la théorie du contrat social. Le mot ne se trouve pas dans Rocco, mais l'idée est développée dans un article du *Repertoire* de Merlin (1), auquel le jurisconsulte napolitain a emprunté sa doctrine. Garat pose comme principe que c'est par le choix du domicile que l'homme entre dans la société: voilà pourquoi, dit-il, tous ceux qui ne peuvent se faire un domicile, ou qui ne le veulent pas, les vagabonds, ne jouissent point, parmi nous, de la protection que la société doit à ses membres. Comment ce domicile s'établit-il? La loi n'étend point son autorité tout entière sur les enfants qui viennent de naître, elle attend qu'ils soient parvenus à l'âge où la raison perfectionnée peut leur faire comprendre l'étendue des engagements qu'ils contractent : c'est à la majorité que se forme le contrat social. Jusqu'à cette époque de la vie de l'homme, la protection que les lois lui accordent est bien plus étendue que les devoirs qu'elles lui imposent. Leur autorité est toute de bienfaisance. On dirait qu'elles ont en vue, par tous les services qu'elles lui rendent, d'obtenir de lui, pour le corps social dont elles sont les interprètes, la préférence qu'il sera maître de donner à toutes les sociétés de la terre. L'homme et la société ne s'appartiennent l'un à l'autre que lorsque à sa majorité il a signé le *contrat d'association* que lui présentent les lois. Garat avoue que l'on ne passe plus de contrats semblables; mais il suppose, avec Rousseau, que les sociétés ont été créées par un contrat social. Comment peut-on savoir, une fois que les sociétés existent, que l'homme con-

(1) Au mot *Souveraineté* § IV (article de Garat)

sent à se soumettre aux lois sociales? Le signe par lequel il manifeste son consentement, c'est le choix du domicile.

Ainsi, la théorie du domicile est au fond le contrat social de Rousseau. C'est un contrat fictif, en ce qui concerne les citoyens ; et il est plus fictif encore quand il est question des étrangers qui fixent leur principal établissement dans un pays où les appellent leurs intérêts ou leurs plaisirs. Faut-il leur consentement pour être soumis aux lois de police? Est-ce de leur consentement que dépend la question de savoir s'ils seront régis, en ce qui concerne leur état et leur capacité, par leur loi personnelle ou par la loi du pays où ils résident? Ces questions n'ont point de sens. Le roman du contrat social ne trouve plus de partisans, et bientôt il en sera de même de l'application que l'on en fait à la doctrine des statuts.

101. Quand on met en regard la théorie brillante, quoique fausse, du contrat social avec la réalité, le contraste paraît absolu. Mancini dit que la théorie du domicile s'est formée sous l'influence du régime féodal, qui considérait l'homme comme l'accessoire du sol (1). La remarque est très juste et la critique très fondée. Boullenois demande comment on peut connaître la loi qui régit l'état d'une personne et la capacité qu'elle a, soit pour l'administration de ses biens, soit pour les engagements qu'elle voudrait contracter. N'est-il pas raisonnable de consulter la loi de son domicile? Il est vrai que les hommes vont et viennent et qu'ils n'adhèrent pas à la terre d'une *adhésion d'incorporance* ; c'est l'expression de Boullenois, lequel entend dire que les hommes ne sont point des immeubles par destination. Toutefois, ils *adhèrent au sol fictivement et politiquement*, en choisissant un lieu particulier pour y couler leurs jours et y établir le siége de leurs affaires et de leur fortune. Dès lors la loi du domicile agit sur la personne parce qu'elle agit sur tout ce qui se range sous son autorité et sa protection. L'homme domicilié est donc affecté, par la loi de son domicile, d'un

(1) Mancini, *Diritto internazionale*, p. 209.

certain état et d'une certaine condition, et cette impression de la loi le constituant tel civilement, il est tel partout où il se transporte, ne pouvant pas plus se dépouiller de cette qualité, en continuant son domicile, que de sa propre personne (1).

Voilà bien le principe de la féodalité : l'homme est un accessoire du sol. Dans telle coutume on disait que l'air affranchit ; dans une autre, que l'air asservit, selon que la liberté ou la servitude était la condition générale des habitants. Partout l'homme était assujetti à la loi du lieu : de même qu'il n'y avait pas de terre sans seigneur, il n'y avait pas d'homme sans suzerain. La seigneurie comprenait-elle plusieurs châtellenies, le droit variait de l'une à l'autre, donc aussi l'état des personnes et, par suite, la condition de l'étranger variait selon qu'il s'établissait dans le territoire d'une coutume ou d'une autre. Telles sont les premières origines de la loi du domicile. L'état social s'est profondément modifié; il n'y a plus de régime féodal, mais l'esprit féodal s'est maintenu dans le droit là où la société n'a pas été bouleversée par des révolutions. En France, la féodalité civile a été détruite dans la célèbre nuit du 4 août ; la diversité a fait place à l'unité, la nation a pris la place des seigneurs, et le code a remplacé les coutumes locales. Dans ce nouvel ordre de choses, la loi du domicile n'a plus de raison d'être : le droit variant d'après la nationalité, il est logique que la nationalité détermine l'état des personnes. Ailleurs, l'esprit féodal s'est maintenu dans les relations civiles ; le droit varie toujours d'après les localités; c'est la raison pour laquelle le domicile joue encore un rôle important en Allemagne, dans la Grande-Bretagne, aux États-Unis ; et l'on transporte naturellement aux rapports internationaux le principe qui régit les diverses parties d'un même État (2).

Par une coïncidence étrange, la théorie philosophique du contrat social remonte aussi au régime de la féodalité : ainsi la philosophie donna la main à la barbarie. Il est

(1) Boullenois, *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, p. 4.
(2) Comparez Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 6 et note.

certain qu'au moyen âge, l'idée du contrat régnait dans toutes les relations sociales. L'Etat proprement dit n'existait point; il n'y avait que des rapports individuels entre les vassaux et les suzerains; le contrat pénétra jusque dans les relations du serf et de son maître. Ce fut le germe de la liberté civile et politique, et la première manifestation de l'idée du droit (1). Ainsi le contrat a joué un grand rôle dans la vie de l'humanité et dans son développement. C'est aussi un souffle de liberté qui a inspiré Locke et Rousseau quand ils formulèrent la célèbre théorie du contrat social; mais il est certain que cette théorie n'a plus de raison d'être dans l'ordre social qui procède de la révolution. Telle est l'utilité des études historiques: en nous faisant connaître l'origine des institutions civiles, elles nous apprennent en même temps qu'elles ont fait leur temps : une institution féodale ne peut plus régir les nations modernes. Or, tout est féodal dans le droit des pays où l'on a conservé la maxime du moyen âge que les coutumes sont réelles, et la règle qui s'y rattache que le domicile détermine la loi par laquelle est régi l'état de la personne. La loi du domicile disparaîtra avec les derniers débris de la féodalité.

102. Il me reste à répondre aux objections que l'on adresse au principe de nationalité. Quand on dit que l'état des personnes dépend de leur nationalité, on suppose qu'elles n'ont qu'une patrie et, partant, une seule loi nationale. Mais il se peut qu'une personne ait deux patries, et il se peut qu'elle n'en ait aucune. Un enfant naît d'un Français en Angleterre : il est Anglais d'après la législation anglaise, et Français d'après le code Napoléon. Quel sera son statut personnel? Si on le détermine d'après la nationalité, il en aura deux, ce qui est contradictoire dans les termes, car c'est parce que le statut de l'état est nécessairement unique, que les anciens statutaires ont été conduits à admettre le statut personnel, régissant la personne partout où elle se trouve. Il faut

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII (La Féodalité et l'Église, p. 54 et suiv.)

donc que le statut soit ou anglais ou français. En faveur duquel les juges se décideront-ils ? Tant que la contrariété des lois existera, les tribunaux français appliqueront le statut français, et les tribunaux anglais s'en tiendront au statut de leur patrie : c'est une anomalie choquante, à laquelle les traités seuls pourront mettre fin. L'anomalie est tout aussi choquante quand une personne n'a point de patrie. Un Français s'établit en Angleterre sans esprit de retour, il perd sa nationalité française sans acquérir la nationalité anglaise ; donc, il est sans patrie. En induira-t-on que, n'ayant point de nationalité, il n'a pas de statut personnel ? La conséquence serait absurde : il faut bien que l'on sache quelle est la loi qui régit l'état et la capacité de la personne. Forcément le juge appliquera la loi du domicile.

On fait de ces conséquences absurdes un grief contre le principe de nationalité. C'est à tort. Si le principe aboutit à des absurdités, il ne faut pas s'en prendre au principe ; il est fondé en raison, et s'il y a des anomalies, on doit les imputer à la diversité des législations. Il est contraire à l'ordre de la nature que l'homme soit sans patrie sur la terre, que Dieu lui a donnée comme patrie. Il faudra que les lois, et, s'il y a lieu, les traités, corrigent ces anomalies. Du reste, elles se présentent également dans le système qui fait dépendre l'état de la loi du domicile. Peut-on avoir plusieurs domiciles ? D'après la définition que le code Napoléon (art. 102) donne du domicile, la négative est certaine, car on ne peut avoir plus d'un principal établissement. Mais d'autres législations admettent qu'une personne peut avoir un domicile dans deux lieux différents, partant, elle aura deux statuts et même deux patries (1). Voilà l'absurdité qui reparaît. Si une personne a successivement deux domiciles, Savigny se décide pour le plus ancien. Pourquoi pas le dernier ? Le domicile dépend de la volonté ; or, la dernière volonté l'emporte toujours. Mais peu importe la solution ; toujours est il

(1) Günther, dans le *Rechtslexikon* de Weiske, au mot *Gesetz* (t. IV, p. 725).

que l'anomalie que l'on reproche au principe de nationalité se retrouve dans la loi du domicile. Il peut arriver aussi qu'une personne n'ait point de domicile : elle a abandonné celui qu'elle avait, sans en acquérir un nouveau. Que faire ? On s'en tiendra à l'ancien, répond Savigny. Mais cet ancien n'existe plus, puisqu'il n'y a pas de domicile sans intention. Et que fera-t-on si l'on ne découvre aucun domicile antérieur, comme chez les vagabonds ? On remontera, d'après Savigny, jusqu'au domicile de naissance. Ainsi c'est une fiction qui décidera quel est le statut d'une personne (1). Encore, cette fiction sera d'ordinaire insuffisante : est-ce que les vagabonds savent où ils sont nés ? Et s'il n'y a plus de domicile, il n'y aura point de statut ! Ces inconvénients que l'on rencontre dans tous les systèmes prouvent que l'on a tort de les prendre en considération, pour se prononcer en faveur de l'un plutôt qu'en faveur de l'autre. Il faut donner la préférence au principe qui est fondé en raison, et tel est certainement le principe de nationalité.

103. On fait une autre objection, l'intérêt des tiers, qui joue un si grand rôle dans la théorie des statuts personnels. L'état détermine la capacité ou l'incapacité de la personne ; les tiers ont donc le plus grand intérêt à connaître le statut qui régit la personne. Comment le connaîtront-ils si le statut dépend de la nationalité ? Dans l'ancien droit, il y avait des légistes qui se prononçaient pour le domicile d'origine, ce qui revenait à peu près à la nationalité ; Bourgoingne les combat, et demande comment on pourra savoir le domicile originaire d'une personne, alors qu'il faudra remonter à des aïeux étrangers (2) ? Un jurisconsulte italien répond que la nationalité se marque par les traits physiques et intellectuels : on reconnaît à vue d'œil un Anglais ou un Espagnol (3). Montesquieu le dit, et cela était plus vrai de son temps que du nôtre ; les caractères nationaux ne s'effacent pas,

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 101 et 102.
(2) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, II, 9 (*Opera*, p. 5).
(3) Lomonaco, *Trattato di diritto internazionale*, p. 152.

comme on le prétend, mais les apparences qui frappent les regards s'usent par le contact tous les jours plus fréquent des diverses races. Il y a une autre réponse à l'objection, c'est celle que je viens de faire : on n'a qu'à consulter les auteurs et les recueils d'arrêts pour se convaincre des difficultés auxquelles donne lieu le domicile. Les difficultés étant les mêmes, il n'y a pas de motif d'utilité pour s'écarter du vrai principe qui s'attache à la nationalité.

A vrai dire, la nationalité se confond avec la personnalité. La naissance est un fait providentiel ; c'est Dieu qui nous fait naître au sein de telle nation plutôt qu'au sein d'une autre ; nous naissons Français, Belges ou Allemands. Le droit qui nous régit est l'expression du caractère national ; quoi de plus naturel que de faire dépendre notre état, notre capacité, c'est-à-dire notre statut personnel, de notre nationalité, puisque notre état est déterminé par les mêmes causes qui produisent la variété des races, et dans chaque race la variété des nations ?

104. Les Anglo-Américains sont utilitaires, en droit comme en politique. Ils ne se préoccupent guère de la nationalité, le fait du domicile leur suffit ; et sur le terrain de la réalité, la distinction, si importante en théorie, entre la nationalité et le domicile n'a guère d'intérêt, car d'ordinaire le deux faits se confondent, l'immense majorité des hommes étant domiciliés dans les lieux d'où ils sont originaires. Cela explique le langage vague et incertain de Story ; le plus souvent, on ne sait s'il entend parler du domicile ou de la nationalité : la confusion qui existe dans la vie réelle passe dans la science. En droit même, il y a tant d'analogies entre le domicile et la nationalité, que la confusion s'explique. Quel est le domicile d'origine de tout homme, et celui que d'ordinaire il conserve toute sa vie ? C'est le domicile de son père ; et en même temps qu'il acquiert le domicile de son père, il acquiert aussi sa nationalité. Tant qu'il est mineur, il a son domicile légal chez son père, et il a aussi sa nationalité. Majeur, il peut changer de domicile, il peut aussi changer de patrie. La femme qui se marie a pour domicile celui de son mari ;

elle a aussi sa nationalité (1). Quand il y a tant de traits communs à la nationalité et au domicile, il ne faut pas s'étonner qu'on les confonde. Peut-on avoir deux domiciles? Non, dit un légiste américain. Car, si la guerre éclatait, la même personne devrait servir dans les deux armées qui se combattent, et serait, par conséquent, ennemie de soi-même. En temps de paix, on l'appellera à faire partie du jury dans deux domiciles à la fois. Cela est vrai si les deux domiciles impliquent des nationalités différentes, mais cela n'est pas vrai si, tout en ayant deux domiciles, on n'a qu'une patrie (2). Même confusion quand il s'agit de déterminer le domicile ou la nationalité d'un enfant qui naît en pays étranger ; il est considéré comme sujet du pays où il voit le jour. Cela est vrai d'après la *common law* anglo-américaine. Cela n'est pas vrai d'après le droit français. L'enfant aura, à la vérité, son domicile dans le pays étranger, si son père y est domicilié, mais la nationalité ne dépend point du lieu de la naissance; c'est une question de race, de sang, c'est donc la nationalité du père qui doit déterminer celle de l'enfant.

103. Les Anglo-Américains forment encore un monde à part en ce qui concerne le droit international privé. Ils n'admettent point le statut personnel, dès lors, ils ne peuvent attacher aucune importance au principe de nationalité. Ce sont les glossateurs qui, les premiers, ont reconnu la personnalité des statuts concernant l'état et la capacité des personnes, et c'est aussi l'école italienne qui a identifié la personnalité avec la nationalité. Il a fallu pour cela une révolution faite au nom des aspirations nationales de l'Italie. Avant que l'Italie eût reconquis son indépendance et sa nationalité, il n'était pas question du principe national dans les écrits des jurisconsultes italiens. L'ouvrage de Rocco sur la législation napolitaine, dans ses rapports avec le droit international privé, date de 1837; quelques années à peine le séparent de Mancini, et on dirait qu'ils sont séparés par des siècles. Ils sont Napolitains tous deux, mais Rocco est resté citoyen du

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 40, § 46 (7e édition).
(2) Voyez l'exposé du *chief justice* Shaw (Story), p. 39, note 1).

royaume des Deux-Siciles, tandis que Mancini est citoyen de la jeune Italie. Grâce à un heureux concours de circonstances, la grande patrie italienne absorba les petits Etats, qui semblaient vivre d'une existence séparée et qui, en réalité, n'avaient pas de principe de vie : c'étaient des membres détachés d'un corps, des morts vivants. Cependant, Rocco est un excellent esprit, et sur le terrain du droit, il partage les sentiments généreux de l'école italienne. A première vue, on dirait que c'est un réaliste, à la façon des Voet. C'est à Paul Voet qu'il emprunte la distinction des statuts personnels et réels, et il emprunte encore à la tradition l'idée de la souveraineté qui s'étend sur les choses et les personnes, sans distinction entre les étrangers et les nationaux. Le code des Deux-Siciles, quoique calqué sur le code Napoléon, semblait consacrer la doctrine des vieux réalistes. Il commence par déclarer que les lois obligent tous ceux qui demeurent sur le territoire, citoyens, étrangers ou passagers (art. 5) : c'est la disposition qui se trouvait dans le projet de code civil, et qui fut retranchée sur la proposition de Tronchet(1). Prise isolément, elle semble soumettre l'étranger à la loi territoriale, même en qui concerne l'état et la capacité de la personne. Mais l'article 6 corrige ce que l'article 5 a de trop absolu ; il reproduit la disposition de l'article 3 du code Napoléon sur le statut personnel du citoyen napolitain, ce qui implique que l'étranger aussi peut invoquer son statut personnel. Toujours est-il qu'il y a contradiction entre le principe de la souveraineté illimitée et le principe du statut personnel ; si l'on admet que la puissance souveraine n'a pas de limites, il faut dire avec Jean Voet que la loi territoriale s'applique à l'étranger comme à l'indigène, et qu'elle exclut toute application d'une loi étrangère. Dans cet ordre d'idées, il ne saurait être question d'un statut personnel de l'étranger ; aussi le code des Deux-Siciles ne consacre-t-il pas ce statut. Mais la puissance des idées nouvelles est plus grande que celle du legislateur : la loi napolitaine ne niait pas le statut

(1) Voyez plus haut, p. 77, nº 46

personnel ; on en conclut que l'interprète peut l'admettre. Rocco fait mieux. Jean Voet, tout en poussant, en principe, la souveraineté *mordicus*, comme il l'appelle, jusqu'au pouvoir d'exclure l'étranger de tout droit, reconnait que cette doctrine est inapplicable dans l'état actuel de nos mœurs et de nos besoins. Se fondant sur la courtoisie internationale, il admet, à ce titre, ce qu'il avait refusé aux étrangers, à titre de droit. La concession est insuffisante. Le droit doit régner entre les hommes, comme il règne entre les citoyens d'un même Etat. Rocco donne de très beaux développements à cette idée. Il rapporte au droit des gens *nécessaire* la loi du statut personnel qui régit l'étranger. C'est la terminologie de Grotius ; elle implique que la condition de l'étranger ne dépend point de la courtoisie, c'est-à-dire du bon vouloir de chaque Etat, que c'est un attribut de la personnalité humaine, laquelle doit être partout respectée (1). C'est la théorie de l'école moderne des jurisconsultes italiens ; ils n'ont fait que substituer la nationalité à la personnalité.

Dans cet ordre d'idées, le domicile perd toute importance. Ce n'est pas à raison du domicile que l'état des personnes varie, c'est à raison des causes physiques, intellectuelles et morales qui produisent la variété des races et des nations. Ces causes-là peuvent s'appeler *nécessaires*, puisqu'elles ont leur principe dans la création. Le domicile, au contraire, est chose accidentelle, sans aucun rapport avec le génie des races. Les Chinois qui viennent s'établir dans les Etats-Unis restent Chinois, de religion, de caractère, de mœurs ; ce qui est vrai des races est aussi vrai des nationalités. Un Italien qui fixe son domicile en Angleterre ne devient pas Anglais; pourquoi soumettrait-on sa personne, son état, sa capacité, à des lois qui n'ont rien de commun avec sa personnalité? Sa personnalité a pris un caractère particulier, sous l'influence du génie national ; les lois qui régissent son état sont l'expression de ce caractère national. C'est donc la loi nationale qui doit

(1) Rocco, *Dell' uso e della autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persone e con le territorio degli stranieri*, p. 103-115.

continuer à le régir, quel que soit le lieu où ses intérêts l'appellent. Quand on admet que le droit international privé repose sur l'idée de nationalité, la conséquence est évidente: ce n'est pas le domicile qui détermine le statut personnel, c'est la nationalité. Il va sans dire que cette opinion est la doctrine de tous les auteurs italiens (1).

106. Le principe de nationalité, comme fondement du droit international privé, n'est pas admis par tous les auteurs, et il est impossible qu'il le soit, car il n'est pas encore reconnu dans le monde politique. Tous les peuples n'ont pas une nationalité aussi caractérisée que les Italiens : ici les races diffèrent dans un seul et même Etat, là les langues accusent une origine différente, ailleurs la religion divise les hommes; ces variétés politiques exercent une influence inévitable sur les relations privées, et par suite sur le droit international. C'est la raison pour laquelle le principe du domicile se maintient, comme loi du statut personnel. Toutefois il ne faut pas croire qu'il y ait une liaison nécessaire entre la loi du statut personnel et le principe de nationalité, considéré comme fondement du droit international. Dans l'Introduction de ces Etudes, j'ai fait quelques réserves contre la théorie italienne; M. Brocher ne l'admet point, et cependant nous rejetons l'un et l'autre la doctrine traditionnelle du domicile, et nous déterminons le statut personnel d'après la loi du pays auquel la personne appartient. Peu importe que ce pays repose sur le principe de nationalité, peu importe même qu'il soit régi par des lois diverses, comme le sont encore aujourd'hui la Suisse, l'Allemagne, l'Angleterre, les Etats-Unis; cela n'empêche pas qu'il y ait une loi ou des lois nationales, en ce sens qu'elles sont l'expression de la souveraineté nationale; ce qui suffit pour qu'elles l'emportent sur la loi du domicile. Pourquoi a-t-on admis le statut personnel? Parce que, de son essence, l'état est permanent et stable; c'est chose contradictoire, comme le remarquent les statutaires, que l'homme soit majeur ici et

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, p. 50. Lomonaco, *Trattato di diritto internazionale privato*, p. 49, § 3. Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 63, ch. I.

capable, et qu'il soit mineur ailleurs et incapable. Que devient cette permanence de l'état si l'on admet qu'il est déterminé par le domicile? La conséquence logique sera que l'état variera avec le domicile : l'état sera régi aujourd'hui par le code Napoléon, demain par le code des Pays-Bas, puis par les lois allemandes ou par la *common-law* anglaise. Il n'y a qu'un moyen de donner de la stabilité à l'état, ce qui est le but du statut personnel, c'est de le faire dépendre de la loi nationale. M. Brocher dit très bien que le lien qui nous rattache à la patrie est presque indissoluble : il tient au sang qui circule dans nos veines, remonte aux souvenirs historiques et de famille, et suppose entre l'Etat et l'individu tout un ensemble de droits et d'obligations réciproques, dont l'importance est grande pour la vie sociale et morale. On abdique difficilement sa patrie, tandis que l'on change de domicile au gré de ses intérêts, mais presque toujours avec l'esprit de retour (1). Si l'on change d'état aussi souvent que de domicile, il s'élèvera des difficultés sans nombre; c'est une des matières les plus controversées dans la doctrine des statutaires. J'y reviendrai.

107. Le principe du domicile a pour lui une durée séculaire; toutefois il perd sur le terrain de la doctrine, et le principe de nationalité gagne. M. Asser, l'écrivain le plus récent, et aussi un des plus autorisés, s'est prononcé pour la nationalité, après avoir soigneusement examiné tout ce qui a été dit par les jurisconsultes anciens et modernes en faveur de l'un et de l'autre système (2). Il y a un autre témoignage auquel j'attache le plus grand prix. L'Institut du droit international, fondé à Gand par M. Rolin-Jaequemyns, comprend des membres de tous les Etats de l'Europe et de l'Amérique ; les Italiens s'y rencontrent avec les Anglo-Américains, les Français avec les Allemands. Tous y viennent imbus plus ou moins des doctrines qui règnent dans leur pays : les Italiens représentent le principe de nationalité et donnent le plus à la

(1) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p.77.
(2) Asser, *Schets van het internationaal privaatregt* (Haarlem, 1876), p. 35-37.

personnalité humaine ; les Anglo-Américains, élevés dans des principes tout contraires, n'aiment pas le statut personnel, ni les lois étrangères ; les Français, idolâtres de leur code civil, sont traditionnalistes ; les Allemands ne se laissent pas entraîner par la tradition, toutefois il y en a qui professent le vieux réalisme sous de nouvelles formules, tandis que les autres rêvent l'unité humaine, et veulent au moins la réaliser dans les relations privées. En apparence, on dirait une tour de Babel. Mais les aspérités nationales s'effacent et se mitigent au contact des hommes ; si l'harmonie n'est pas complete, il y a néanmoins un rapprochement sur les bases du droit civil international. Voici les conclusions qui ont été proposées par la commission chargée de préparer des résolutions relatives à ces bases : « L'*état* et la *capacité* de la *personne*, les *rapports de famille*, et les droits et obligations qui en découlent doivent être jugés en appliquant les *lois* de sa *patrie*, c'est-à-dire de la *nation* dont elle fait partie. Ils sont régis subsidiairement par les lois du *domicile*, lorsque différentes législations civiles coexistent dans un même Etat, ou s'il (1) s'agit de personnes *sans aucune nationalité*, ou qui ont *double nationalité*. » Ces conclusions heurtaient bien des préjugés ; toutefois le principe de nationalité fut admis par tous les membres, à la session de Genève, sauf quelques-uns qui, tout en croyant que ce principe devait l'emporter, demandèrent que la discussion continuât dans une autre session (2). Ces dissentiments ne tiennent pas au fond de la doctrine ; on semble croire que les idees ne sont pas mûres ; la discussion les mûrira. C'est pour apporter ma part dans le travail de l'Institut dont j'ai l'honneur d'être membre, que j'insiste longuement sur un principe qui pour moi n'est point douteux. L'Institut finira par être unanime. Réunissez les hommes, et leurs opinions se rapprocheront. C'est l'inestimable avantage qu'offre l'Institut du droit international.

108. La législation est d'ordinaire en harmonie avec

(1) Le texte donné par la *Revue du droit international* (t. VI, p. 583) porte : *ou il*, ce qui n'a pas de sens.

(2) *Revue du droit international*, t. VI, p. 610.

la doctrine, et les auteurs subissent l'influence des lois : il y a là une action et une réaction nécessaires. En Prusse, c'est la loi du domicile qui détermine le statut personnel, soit des Prussiens, soit des étrangers. Quand une personne n'a point de domicile certain, sa capacité est régie par la loi de son pays d'origine : ce qui prouve que la nationalité est généralement plus certaine que le domicile. Mais la nationalité aussi peut être inconnue; dans ce cas on applique le code prussien ou la loi de la résidence temporaire, selon la nature de l'acte dont il s'agit. Le droit allemand admet qu'une personne peut avoir deux domiciles; alors on s'en tient à celle des deux lois qui est la plus favorable à la validité de l'acte (1).

La législation de l'Autriche repose en général sur la même base : on suit la loi du domicile, et si l'étranger n'a point de domicile certain, la loi du lieu de sa naissance, ce qui est d'ordinaire la loi nationale. Mais le code autrichien apporte de nombreuses exceptions à la règle; ainsi quand il s'agit de la succession d'un étranger, on applique la loi nationale. Pour le mariage aussi, la capacité dépend de la nationalité (2). Cette exception est importante : si l'on suit la loi nationale pour le mariage, pourquoi ne la suit-on pas pour la majorité? Les deux ordres d'idées se tiennent. Et si les éléments les plus usuels de l'état dépendent de la nationalité, pourquoi l'état lui-même n'est-il pas soumis à ce principe? La logique des idées y conduira.

109. Le principe de nationalité domine dans le droit italien. Il ne s'est pas introduit sans opposition. Mancini le proposa, mais il trouva des adversaires. Le droit traditionnel consacrait depuis des siècles le principe du domicile; et la tradition a tant d'empire sur l'esprit des légistes! Mancini répondit que le principe du domicile avait eu jadis sa raison d'être, alors que les statuts variaient d'une ville à l'autre dans un seul et même Etat;

(1) Asser, Rapport fait à l'Institut du droit international, dans la *Revue de droit international* de Rolin-Jaequemyns, t. VII, p. 400 (1875).
(2) Asser, Rapport fait à l'Institut du droit international, dans la *Revue de droit international*, t. VII, p. 399.

dans cet ordre de choses, il fallait bien s'en tenir au domicile pour déterminer le statut des personnes qui avaient la même patrie. Là ou les statuts font place à un droit national, le principe du domicile doit aussi être remplacé par celui de nationalité. Voilà pourquoi le code Napoléon fait dépendre l'état de la loi nationale. Il en doit être de même de l'Italie (1). L'opinion de Mancini fut adoptée, mais elle ne satisfit pas les vieux légistes. Pourquoi abandonner le principe du domicile, qui a pour lui une tradition séculaire et qui est encore universellement admis? On invoqua la doctrine des auteurs allemands, et surtout de Savigny, contre l'innovation que le code italien consacrait. Je viens de répondre à l'objection. L'autorité de Savigny est grande, mais c'est comme historien plutôt que comme jurisconsulte philosophe : il s'est laissé influencer par l'état de l'Allemagne, partagée en une foule de petits Etats, appartenant tous à la nationalité allemande; comme, sous l'ancien régime, la France était divisée en coutumes diverses. Le domicile est donc un principe historique qui doit disparaître avec les causes qui lui ont donné naissance. Quand l'Allemagne aura son code civil, elle y inscrira la loi de nationalité. Ce que les adversaires du code italien ajoutent en faveur du principe du domicile a peu de valeur. Ils prétendent que le domicile est le siège stable de la personne; c'est là qu'elle exerce ses droits, et acquiert des habitudes et un caractère particulier. Le domicile est, au contraire, mobile de sa nature, ce qui est en opposition avec l'état et le statut personnel; la personne peut changer de domicile à sa volonté, et conçoit-on que l'état change au gré du choix ou du caprice de l'homme (2)?

Le code neerlandais a suiv. le principe du code Napoléon, en ce qui concerne le statut des nationaux. On doit admettre le même principe pour le statut personnel des étrangers, en supposant que la loi reconnaisse leur sta-

(1) *Processi verbali della commissione di coordinazione*, p. 623.

(2) Gabba, dans les *Annali di giurisprudenza italiana*, t. I, Rivista, p. 3 et 4. Florence, 1866. Compa ez Carle, *La Faillite dans le droit international privé* (traduction de Dubois, 1875), p. 16, note.

tat. J'ai dit plus haut que ce point est très controversé (1).

110. Il y a des controverses sans fin sur l'effet du domicile, dans le droit international privé. Je les exposerai dans la partie spéciale de ces Études. Le principe de nationalité a aussi ses difficultés; j'y reviendrai. C'est précisément parce que les difficultés abondent dans notre science, qu'il importe d'établir avant tout les principes qui serviront à les décider.

SECTION II. — Droits de famille. Successions.

111. Les légistes allemands et italiens distinguent entre les droits d'état et les droits de famille. En théorie, la distinction est exacte. On ne peut pas dire que le mariage, la puissance paternelle, l'adoption, la tutelle soient un état. Le mariage constitue la famille; il impose des obligations à ceux qui en font partie, et il leur donne des droits. L'adoption imite la famille, il établit des liens fictifs de parenté. Quand la famille se dissout, il y a lieu à organiser une protection pour les enfants mineurs; le tuteur remplace le père. Dans toutes ces relations, il n'est pas question de l'état des personnes. Toutefois il y a un lien intime entre la famille et l'état. Le *mariage* est la base de la *famille*, et il est aussi le fondement de l'*état*; la *puissance maritale* a pour conséquence l'*incapacité* de la *femme mariée*, donc le mariage détermine l'état de la femme; de capable qu'elle était, elle devient incapable. Le mariage ne donne pas au père la *puissance paternelle*, puisque le père naturel a aussi cette puissance; toujours est-il que le mariage détermine l'exercice de la puissance paternelle et son étendue; c'est une protection organisée pour les enfants mineurs et, comme tels, incapables; il y a là tout ensemble des *rapports de famille* et un *état*. L'adoption crée une famille fictive, la fiction a plus ou moins d'étendue suivant les diverses législations; le code Napoléon la réduit à peu de chose, et néanmoins elle donne naissance à des rapports d'état et à des incapacités.

(1) Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, p. 37, 38.

La *tutelle* continue la protection que les père et mère assurent aux enfants, et parfois elle coexiste avec la puissance paternelle; l'une et l'autre sont une charge, un devoir pour ceux qui l'exercent. C'est improprement que l'on appelle ces charges une puissance; il s'agit, en réalité, de l'état des enfants, et des droits que la nature et la loi leur donnent à raison de leur incapacité.

112. Il y a donc un lien intime entre la famille et l'état; voilà pourquoi les rapports de famille et d'état sont régis par les mêmes principes. L'état est d'ordre public, de même que la famille; c'est la loi qui organise la famille, dans un intérêt public, le plus grand de tous, la moralité, base de l'ordre social; c'est aussi la loi qui règle l'état des personnes, et pour le déterminer, elle prend en considération l'utilité publique autant que l'intérêt des individus. Les particuliers ne peuvent, par leurs conventions, déroger ni à l'état ni à la loi des familles. L'état dépend du statut personnel ou national. Il en est de même de la famille. Les motifs pour lesquels le statut personnel suit la personne partout a encore plus de force et d'évidence pour les rapports de famille: conçoit-on qu'une femme cesse d'être une femme mariée quand elle passe d'un pays dans un autre? Ce serait détruire dans ses fondements le mariage, base de la moralité et de la société humaine. Cela explique comment un jurisconsulte éminent admet la personnalité du statut de famille, tandis qu'il fait des objections contre le statut d'état en cherchant à le restreindre dans les bornes les plus étroites (1). Il me semble que Wachter est illogique, et que son inconséquence témoigne pour la personnalité du statut qui règle l'état et la capacité des personnes. Si le mariage forme un statut personnel, il en doit être de même des conséquences du mariage; si la femme est une femme mariée partout où elle se trouve, parce que le mariage est un statut personnel, on doit admettre aussi qu'à titre de femme mariée elle a l'état et la capacité qui, d'après son statut, découlent du mariage.

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 184 et suiv.

La théorie de Wachter prouve cependant une chose, c'est qu'il ne saurait y avoir aucun doute sur la personnalité des rapports de famille. Quand on parle des rapports de famille, il faut entendre par là non seulement la famille, comme telle, mais aussi les droits qui y sont attachés. Ici encore il y a analogie complète entre la famille et l'état. La loi ne les considère pas comme des abstractions; notre science est une face de la vie, et ne s'occupe pas de notions abstraites; quand elle pose en principe que la famille et l'état dépendent du statut personnel ou national des personnes, elle entend dire que leurs droits et leurs obligations sont réglés par cette loi. Cela est généralement admis (1).

113. En droit français, cette doctrine est certaine; on ne distingue pas entre la famille et l'état. Je me borne à citer le témoignage de Pothier : « On appelle statuts personnels les dispositions coutumières qui ont pour objet principal de régler l'*état des personnes*. Telles sont celles qui concernent la *puissance paternelle*, la *tutelle* des mineurs et leur *émancipation*, l'âge requis pour *tester*, la *puissance maritale* (2). » Ce qui est vrai de l'état est donc vrai des rapports de famille. Le code Napoléon est conçu en ce sens : l'article 3 ne parle pas de la famille, il ne mentionne que l'état et la capacité. Le code italien, au contraire, les distingue, mais il soumet au statut personnel, et dans le même article (art. 6), les droits de famille et l'état des personnes. Je me suis conformé à cet ordre d'idées en distinguant les rapports de famille et l'état. D'abord parce qu'il importe de ne laisser aucun doute sur l'étendue du statut personnel; il en résulte une conséquence importante, c'est que la succession forme un statut personnel. En effet la succession est un droit qui dépend de la famille; comme le dit Domat, c'est Dieu qui nous fait naître dans la famille à laquelle nous appartenons par notre naissance, afin que nous ayons une part dans ses biens, comme nous partageons son nom et l'honneur

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 62, § 26.
(2) Pothier, Coutume d'Orléans, *Introduction générale aux coutumes*, nos 6 et 7.

qui y est attaché. Y a-t-il quelque chose de plus personnel? Et conçoit-on qu'étant membre d'une famille d'après ma loi nationale, je cesse d'en faire partie à l'étranger, en ce sens du moins que je ne pourrai prétendre aucune part aux biens qu'elle y possède, si la loi territoriale ne m'appelle pas à succéder? Cependant la loi française a toujours considéré la succession comme un statut essentiellement réel. L'inconséquence est évidente. Si, comme Pothier le suppose, l'état se confond avec la famille, il faut dire de la famille ce que tout le monde admet pour l'état : c'est un statut personnel. Or, Pothier a soin d'ajouter que les statuts personnels exercent leur empire sur les personnes par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés. S'il en est ainsi des droits dérivant de l'état, il faut en dire autant des droits de famille et partant de la succession. L'inconséquence tient peut-être à ce que l'on n'a pas distingué les droits de famille des droits d'état; si l'on avait posé en principe, pour les droits de famille, la règle que Pothier établit pour l'état, la logique des idées aurait conduit les légistes à répudier la réalité du droit de succession. Il vaut donc mieux, comme le font les Italiens et les Allemands, mentionner séparément les rapports de famille et l'état des personnes, tout en les soumettant à la même loi que celle du statut personnel. C'est un pas vers la communauté de droit qui est le but idéal de notre science. Pour le moment il y a une diversité radicale entre le droit de succession d'une part, et les autres droits de famille ainsi que les droits d'état : le code Napoléon consacre la personnalité des lois qui règlent la famille ainsi que l'état et la capacité des personnes, tandis qu'il consacre implicitement la réalité du statut qui règle les successions.

§ I. *Le statut des successions d'après le droit français.*

N° 1. LA TRADITION.

114. Le code Napoléon ne contient aucune disposition sur la nature du statut qui régit les successions. Ce n'est

pas, à proprement parler, une lacune; le législateur français a entendu maintenir la tradition, en matière de statut; or, la tradition établissait, en ce qui concerne le droit héréditaire, des principes que le code a reproduits. Il faut donc, avant tout, constater quel était le droit traditionnel.

« C'est une maxime très ancienne dans le royaume, dit Boullenois, que les *biens* doivent être régis par la loi de la *situation*. » J'ai souvent dit, dans le cours de ces Etudes, que le principe de la realité a son origine dans le droit féodal; on l'a nié de divers côtés. Ecoutons Boullenois : « Nous en trouvons un acte de 1219, par lequel un vassal demandait au roi saint Louis d'être jugé dans sa cour royale, au sujet de quelques châteaux, selon les coutumes des lieux où étaient situées ces châtellenies. » La maxime feodale était que toutes les coutumes sont réelles; on l'appliquait, sans contredit aucun, aux successions. C'est par le principe de la *réalité* que Philippe le Bel adjugea le comté d'Artois, vacant par la mort de Robert II, à Mahaud sa fille, par préférence à Robert d'Artois, petit-fils de Robert II et neveu de Mahaud, parce que la représentation n'avait pas lieu dans le comté d'Artois. Plusieurs coutumes en avaient des dispositions expresses (1). Il est inutile de les rappeler, la réalité du statut des successions était si bien établie au seizième siècle que d'Argentré disait : les enfants n'en doutent plus (2). On allait jusqu'à déclarer réelle la capacité de disposer de ses biens par testament; tel était l'édit perpétuel de 1611, des archiducs Albert et Isabelle, conçu dans l'esprit de la plus stricte realité (3).

115. Cette origine et ce caractère du statut réel des successions sont un fait considérable. La réalité date du moyen âge, époque où la souveraineté se confondait avec le sol : la terre donnant la puissance souveraine à celui

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 230 et suiv.
(2) D'Argentré, *Sur la coutume de Bretagne*, art. 218, nos 9, 10 et 24 (Œuvres, p. 661 et 670).
(3) Voyez l'*Introduction historique* de ces Etudes, p. 429, no 289.

qui la possédait, il était logique de soumettre le droit de succession à la coutume du lieu où les biens étaient situés. Dans la rigueur du droit féodal, la puissance souveraine s'étendait sur toutes choses, sur les meubles comme sur les immeubles; de là, l'odieux droit de naufrage. Partant, le statut réel devait aussi régir le mobilier héréditaire. Il en était ainsi dans le principe; plus tard, on changea, en apparence, de système, et la maxime s'établit que la succession mobilière était déférée par la loi personnelle du défunt. Est-ce à dire que le statut des successions fût *personnel* pour les *meubles* et *réel* pour les *immeubles?* Non; si l'on suivait le statut du *défunt* pour les *meubles*, ce n'est pas parce que le statut était personnel, c'est par une fiction en vertu de laquelle les meubles étaient censés se trouver au domicile de la personne. Il n'y avait d'autre différence entre les meubles et les immeubles héréditaires, sinon que les immeubles avaient une situation réelle, tandis que la situation des meubles était fictive. On expliquait la fiction par une considération très peu décisive. Les meubles, disait-on, n'ayant point d'assiette fixe comme les immeubles, il fallait admettre que leur situation dépendait de la volonté du propriétaire, comme chacun a son domicile là où il veut l'avoir; et l'on présumait que le propriétaire voulait avoir son mobilier à son domicile, puisque c'était là qu'il s'en servait (1). Je reviendrai sur cette théorie, en traitant du statut réel, consacré par l'article 3 du code Napoléon. On appliquait la fiction au statut qui régit le droit d'hérédité; peut-être faudrait-il dire que c'est à raison des successions que la fiction a été imaginée (2).

La réalité du statut des successions conduit déjà à d'étranges conséquences dans son application aux immeubles. Quand le défunt possède des biens immobiliers dans des pays régis par des lois différentes, il y a autant de successions diverses que d'immeubles situés dans des lieux divers. C'est une anomalie au point de vue du droit,

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 223-224. Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introduction générale, n[os] 23 et 24.

(2) C'est l'opinion de Wächter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 189, et de Savigny, *System des römischen Rechts*, t. VIII, p. 299 et suiv., § 376.

comme je le dirai plus loin, et c'est une source de difficultés, vraie mine de procès (1). L'anomalie est plus étrange encore et les difficultés sont plus grandes si l'on applique le statut réel aux meubles héréditaires. Les fortunes immobilières ne sont pas disséminées dans toutes les parties du monde, tandis qu'un commerçant peut avoir des créances partout. Y aura-t-il autant de successions qu'il y aura de débiteurs dans les divers pays? Il en résultera que les diverses parties d'une seule et même hérédité seront régies par les lois différentes qui régissent l'Europe et l'Amérique. Que dis-je? Il y en aura qui seront régies par les lois indiennes, chinoises et japonaises. Comment cette diversité infinie se concilie-t-elle avec l'unité de la personne et l'unité du patrimoine qui passent du défunt à ses héritiers? Et autant de lois, autant de procès! Le statut personnel en matière de succession mobilière était une necessité pratique. Restait à justifier la différence que l'on faisait entre les meubles et les immeubles. On se tira d'embarras par la fiction qui suppose que les meubles ont leur situation au domicile du propriétaire. Comme c'est aussi là que d'ordinaire se trouvent ses biens immobiliers, il en résultait que, de fait, la succession était régie par une seule et même loi.

Nº 2. LE CODE NAPOLÉON.

116. Telle est la tradition. Reste à savoir si le code Napoléon l'a maintenue. Le texte ne dit rien des successions, mais l'article 3 établit le principe d'où découle la réalité du statut de l'hérédité : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » C'est comme conséquence de la réalité du statut immobilier que l'on décidait, dans l'ancien droit, que le statut des successions était déterminé par la situation des biens, la situation réelle quand il s'agissait d'immeubles et la situation fictive quand il s'agissait de meubles. Le code Napoléon ayant maintenu le principe

(1) Voyez le tome Ier de ces Études, p. 500, nº 245.

traditionnel, on doit en conclure qu'il a consacré implicitement la conséquence qui en découle, la réalité du statut qui régit l'hérédité. Cela n'est pas contesté quant aux immeubles. Merlin, après avoir transcrit l'article 3, dit qu'il en résulte *sans difficulté* que les immeubles de l'étranger, situés en France, seront régis dans sa succession *ab intestat*, non par la loi de son pays, mais par la loi française, et qu'il ne pourra en disposer, de même que les Français, à titre gratuit, au préjudice des réservataires, enfants ou ascendants, que jusqu'à concurrence de la quotité déterminée par le code Napoléon (art. 913 et 915) (1). Merlin se contente de la raison de texte qui lui paraît invincible; il ne demande pas même quel est le motif sur lequel se fonde la réalité du statut. M. Demolombe reproduit la théorie des anciens statutaires. Qu'est-ce que la loi sur les successions a en vue? Le but *immédiat*, essentiel du législateur, ce sont les biens et leur transmission, donc le statut est réel. Au point de vue de la tradition, cela n'est pas contestable. Il en est de même des lois qui règlent la réserve et le disponible. On pourrait croire que la défense de disposer au delà de la quotité fixée par la loi produit une incapacité, ce qui rendrait le statut personnel. A vrai dire, l'incapacité dont la loi frappe le père n'est pas le *but*, c'est le *moyen* : le but, c'est la transmission des biens aux réservataires; or, la réserve n'est qu'une partie de la succession, elle est donc de même nature (2).

Faut-il aussi admettre la doctrine traditionnelle pour les successions mobilières? Ici il y a un motif de douter. Les anciens jurisconsultes avaient recours à une fiction pour soumettre le mobilier héréditaire à la loi de la situation; ils supposaient que les meubles étaient situés au domicile du défunt, ce qui leur permettait d'appliquer aux meubles le principe de la situation, quoiqu'elle fût seulement fictive. Merlin s'était d'abord prononcé pour la négative; il répugnait à son esprit juridique d'admettre qu'une

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § 6, n° 2.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, n° 80. Marcadé, *Éléments de droit civil français*, t. I, p. 51.

fiction légale eût un empire universel, sans qu'il y eût une loi également universelle qui la consacrât. Mais il changea d'avis, avec raison, me semble-t-il, du moins au point de vue du droit français. Le code Napoléon maintient tacitement la théorie traditionnelle des statuts, donc aussi la fiction que l'on avait imaginée pour les meubles ; et pour généraliser le statut fictif des meubles, Merlin fait appel, comme Voet, à la courtoisie qui engage les nations à accepter des règles communes pour faciliter et favoriser les relations civiles entre tous les hommes (1). On voit que la tradition, en ce qui concerne les meubles, repose sur des fondements assez frêles, des suppositions et des fictions.

La doctrine de l'intérêt français vient encore embarrasser le débat. Valette applique à la question des meubles appartenant aux étrangers le principe qu'il suit en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes ; il est d'avis de reconnaître la loi étrangère, s'il n'en résulte pas d'inconvénients pour la France, et comme la France n'a pas grand intérêt à repousser, en matière de successions mobilières, une règle fondée sur une juste réciprocité d'égards entre les nations (Valette ajoute *européennes*), on appliquera, en principe, la loi étrangère (2). J'ai déjà dit que l'intérêt n'est pas un principe de droit, c'est un calcul, qui, au point de vue de la justice, ne mérite pas même qu'on le discute.

117. Les auteurs français sont unanimes en faveur de la réalité du statut des successions. Je ne connais que deux interprètes du code Napoléon qui se soient prononcés pour la personnalité, et ils sont de race allemande, Zachariæ qui, sur ce point, a été abandonné par Aubry et Rau, et M. Arntz (3). Ils se fondent sur le silence du code ; l'article 3 ne parle que des immeubles, c'est-à-dire de biens déterminés ; or, l'hérédité est une universa-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Jugement*, § 7 *bis*, et au mot *Loi*, § 6, n° 3.
(2) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 99.
(3) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. I, § 31. Aubry et Rau, t. I, p. 99, note 45, de la 4e édition. Arntz, *Cours de droit français*, t. I, n° 72.

lité de droit. On répond, et la réponse est péremptoire, que c'est ne tenir aucun compte de la tradition, laquelle est decisive, en matière de statuts. Les anciens légistes partaient aussi du principe que les statuts concernant les immeubles sont réels, et ils appliquaient ce principe aux successions, sans hésitation aucune. C'est ainsi que Pothier procède. « On appelle statuts réels, dit-il, les dispositions qui ont pour objet principal les choses. Telles sont celles qui concernent les successions, les choses dont on peut disposer par testament (1). »

L'opinion isolée de Zachariæ n'a pas trouvé faveur. La jurisprudence est aussi unanime que la doctrine; la cour de cassation de France applique l'article 3 du code civil aux successions en général, sans même discuter la question et sans parler de la tradition, preuve que le principe traditionnel est resté dans les mœurs; on le considère comme faisant partie du droit français, bien que l'article 3 ne mentionne pas les successions (2). Je ne connais qu'un jugement du tribunal civil du Havre (3) qui se soit prononcé pour la personnalité du statut des successions. La décision est très bien motivée, en théorie, mais les juges ont oublié l'article 3 et la tradition qui l'explique.

La jurisprudence est également constante en ce qui concerne le statut des successions mobilières; elle applique la loi du domicile comme on le faisait dans l'ancien droit. Mais le code Napoléon ayant remplacé le principe traditionnel du domicile par celui de nationalité, il faut entendre la jurisprudence dans le même sens; c'est donc d'après la loi nationale du défunt que la succession mobilière est déférée. Il y a quelques arrêts, déjà anciens, en faveur de la réalité du statut; je les citerai plus loin. Je me bornerai ici à rapporter une décision assez recente qui montre ce qu'il y a d'illogique dans la distinction que la tradition fait entre la succession mobilière et la succession immo-

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans. Introduction générale aux coutumes*, n° 21.

(2) Cassation, 24 juin 1839, 19 avril 1841 et 14 mars 1837. (Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 171, note 3.)

(3) Jugement du 28 août 1872 *Journal du droit international privé*, t. I, p. 182).

bilière. Un enfant naturel, né en Espagne, forme, contre son père Espagnol, une action en recherche de paternité, en vertu de son statut personnel. Il y avait, dans l'espèce, reconnaissance volontaire, en ce sens que le père avait reconnu sa fille par acte sous seing privé. La succession du père s'ouvrit; il laissait des immeubles situés en France et du mobilier qui se trouvait en Espagne, au domicile du défunt. L'enfant naturel se présenta pour réclamer la part dans les biens meubles et immeubles que lui donne le code Napoléon. Il n'y avait aucun doute quant aux immeubles, puisque la succession immobilière est régie par la loi du lieu où les immeubles sont situés; donc il fallait appliquer la loi française. Vainement disait-on que, d'après le droit espagnol, l'enfant naturel n'avait droit qu'aux aliments. L'objection serait décisive si le statut des successions était personnel; mais, quant aux immeubles situés en France, il est réel; donc les droits de l'enfant naturel sont réglés par la loi française. Il n'en est pas de même du mobilier héréditaire; à cet égard, le statut est personnel; donc, dans l'espèce, il fallait appliquer la loi espagnole, et cette loi n'accorde que des aliments à l'enfant naturel. Ainsi l'enfant n'avait aucune part dans les meubles délaissés par le défunt, sauf à exercer, s'il y avait lieu, sa créance alimentaire contre la succession. L'application du statut personnel soulevait une autre difficulté. Le père était mort en France, y avait-il un domicile? D'après l'article 3 du code Napoléon, le statut personnel ne dépend plus du domicile, il est attaché à la nationalité; or, le défunt était resté Espagnol. La cour n'examine pas la question de droit; elle se borne à constater, en fait, que le père avait conservé son domicile en Espagne, ce qui levait tout doute.

La décision est juridique, mais il faut avouer qu'elle est singulière. Si la succession s'était ouverte en Espagne, l'enfant naturel n'aurait eu droit qu'à des aliments sur les biens meubles et immeubles délaissés par son père; or, l'intention du père, en le reconnaissant, ne pouvait être que de lui assurer des aliments; légalement, il ne pouvait avoir d'autre volonté. Mais le hasard voulut qu'il possédât des immeu-

bles en France ; il en résulta que, sur ces biens, l'enfant naturel concourut avec les héritiers légitimes, dans la proportion fixée par le code Napoleon, tandis qu'il était exclu de l'hérédité en Espagne. Certes, le résultat n'est pas logique. L'état de famille de l'enfant naturel étant réglé par son statut personnel, il en devrait être de même des droits qui découlent de la famille, tandis que, dans la doctrine traditionnelle, ils dépendent d'un accident.

118. Je rapporterai encore un arrêt de la cour de cassation de France, pour montrer jusqu'où va le système de la réalité, en matière de succession. La cour a décidé que les lois qui règlent la transmission héréditaire se rattachent *indistinctement* au statut réel, dans toutes leurs parties, mêmes celles qui édictent des *incapacités* de succéder. Il s'agissait de savoir si la sœur du défunt succède concurremment avec le frère, comme le veut le code Napoléon, ou si la sœur est exclue par le frère, comme le porte le droit hébraïque. Le défunt était juif algérien, et d'après le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 (article 8), les israélites indigènes de l'Algérie sont soumis à la loi française pour leur *statut réel*, tandis que leur *état* est réglé par le statut personnel. Dans l'espèce, il s'agissait du rang et de l'ordre plutôt que de la capacité ; mais il faut prendre l'arrêt tel qu'il est conçu et tel que l'a expliqué le rapporteur Guillemard : « Toute loi sur les successions, ayant pour objet principal et prédominant les choses et non les personnes, constitue uniquement un statut réel dans toutes les dispositions dont elle se compose, même dans celles qui prononcent des exclusions et des incapacités, de sorte que ces incapacités et ces exclusions changent et varient, naissent et finissent, selon la situation des biens, avec le territoire sur lequel la loi exerce et renferme son empire. Et cela est vrai non seulement des causes d'exclusion ou d'incapacité qui n'agissent point sur l'état de la personne, comme l'indignité, mais encore de celles qui l'affectent en tout ou en partie, comme un manque ou un vice de qualité. C'est qu'en matière héréditaire, en matière de capacité ou de droit de succession, le statut le plus personnel se transforme par

la force des choses, ou, selon l'expression de d'Argentré, par le mélange des choses, et devient un *statut réel.* » C'est dire que le statut personnel reçoit une exception en matière d'hérédité. Quel est le fondement de cette exception ? Le rapporteur cite d'Argentré. Voilà un nouvel exemple de l'ignorance qui règne sur l'histoire de notre science, même chez les meilleurs jurisconsultes. Est-ce que d'Argentré est le représentant de la tradition française dans la matière des statuts? Le jurisconsulte breton n'en représente qu'une face : le réalisme outré; de là la guerre acharnée, passionnée qu'il fit à Dumoulin. Et c'est le principe de la personnalité défendu par Dumoulin qui l'emporta dans la doctrine et dans la jurisprudence ; non pas que la personnalité fût admise en toute matière; la tradition est, en réalité, une lutte entre les deux tendances ; il en résulte qu'il est toujours très difficile de décider que telle règle était admise par la tradition (1). En tout cas, faudrait-il un autre témoignage que celui de d'Argentré, pour que l'on pût admettre que le statut personnel devenait réel en matière d'hérédité. Il est certain que la tradition qui remonte à Dumoulin conduit à une tout autre doctrine. Le président Bouhier ne doute pas que les statuts qui concernent la *qualité d'héritier* soient personnels (2). Laquelle des deux traditions les auteurs du code ont-ils suivie ? L'article 3 dispose en termes absolus que l'état et la capacité des personnes sont régis par le statut national, ce même article déclare réels les statuts qui concernent les immeubles. Cela est décisif. On ne peut certes pas dire que la capacité de succéder concerne les immeubles. Il en est autrement de l'ordre des successions : cet ordre, dans la doctrine qui assimile les successions immobilières aux immeubles, dépend de la loi territoriale.

(1) Voyez l'*Introduction historique* de ces Études, t. I, p. 335, n°s 245-255.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. 24, n° 139 (Œuvres, t. I, p. 691).

§ II. *Le droit anglo-américain.*

119. La *common law* est le droit traditionnel par excellence. Elle distingue les meubles et les immeubles. La succession immobilière est régie par la loi de la situation des biens ; le mobilier héréditaire est dévolu d'après la loi du domicile que le défunt avait à sa mort (1). C'est la distinction admise dans l'ancien droit, et reproduite implicitement par le code Napoléon. Malgré cette analogie, il y a une différence capitale entre le droit héréditaire anglais et le droit héréditaire du Continent ; j'y reviendrai.

L'Ecosse a conservé, après l'union, son droit particulier, dernier débris de son antique indépendance. On y suit aussi la distinction entre les meubles et les immeubles. Je citerai quelques dispositions concernant la capacité de succéder. La légitimité d'une personne, condition requise pour qu'elle puisse succéder, dépend du statut personnel ; on le décida ainsi dans une question fameuse, que je traiterai dans la partie spéciale de ces Etudes. La légitimation par mariage subséquent est rejetée en Angleterre, et admise en Ecosse comme en France. L'enfant naturel d'un Ecossais, né en Angleterre, sera légitimé en Ecosse, en vertu de son statut personnel, par le mariage de ses père et mère, quand même le mariage aurait été célébré en Angleterre. Ce qui est très logique dans le système du statut personnel. Les lois sur l'inceste varient également dans les deux pays ; un mariage considéré comme valable en Angleterre peut être incestueux d'après le droit écossais ; l'enfant né d'un mariage pareil peut-il succéder en Ecosse ? On décide la négative, parce qu'en Ecosse l'enfant sera incestueux (2). Cela serait aussi logique si l'enfant était Ecossais ; mais l'enfant, né en Angleterre, est Anglais ; son statut personnel devrait donc être le statut anglais, et en vertu de ce statut, il devrait être habile à succéder. On

(1) Phillimore, *Private internationale law* (t. IV de l'*International law*, p. 686 et 687, nos 875 et 877.

(2) Asser, Rapport fait à l'Institut du droit international (*Revue du droit international*, t. VII, p. 402).

voit qu'il n'y a rien de fixe ni de certain, en matière de statuts.

Il faut encore noter une autre particularité du droit anglais. La succession testamentaire est régie en tout par le statut personnel et la loi du domicile. Dans le système français, ce serait une anomalie, la succession *ab intestat* étant considérée comme le testament du défunt. Je ne sais si la distinction a un fondement rationnel, les auteurs anglais se bornent à le constater ; et de la *common law* on peut dire à la lettre ce que les jurisconsultes romains disaient de leur ancien droit : « Nous ne pouvons pas rendre raison de tout ce que nos ancêtres ont introduit. »

120. Le droit des États-Unis ne diffère en rien du droit anglais : c'est la loi du domicile qui règle la succession mobilière. Story insiste sur le point du domicile ; on n'a aucun égard à la situation des meubles ; et quand le domicile diffère de la nationalité, on s'en tient au domicile. Tel est du reste le droit commun dans le système traditionnel, et les Anglo-Américains suivent en tout la tradition. Quant aux immeubles, on applique la loi de la situation, non seulement pour déterminer l'ordre de succession et la quotité du droit héréditaire, mais aussi en ce qui concerne la qualité des héritiers, partant leur capacité : c'est le réalisme dans toute sa rigueur (1).

§ III. *Le droit allemand et italien.*

121. La réalité du statut des successions a toujours régné en France et dans la *common law* anglo-américaine. Toutefois, il n'est pas exact de dire que telle soit la tradition universelle et incontestée. A côté de la doctrine du statut réel, il y avait une autre doctrine toute contraire, d'après laquelle les successions doivent être déférées d'après le statut personnel du défunt, c'est-à-dire par la loi de son domicile, lequel, dans la doctrine moderne, est remplacé par la nationalité. Cette opinion remonte jusqu'aux glossateurs ; elle ne fut d'abord qu'une dissidence

(1) Story, *Conflict of laws*, §§ 480 et 483 (p. 611 et 615 de la 7e édition).

de quelques légistes, qui se séparerent de la généralité des interprètes. Ils invoquaient les principes du droit romain sur la nature du droit héréditaire ; l'héritier étant le représentant de la personne du défunt, on ne comprend pas qu'il le représente d'une façon différente selon la situation des biens : l'unité des personnes devrait, au contraire, conduire à l'unité du patrimoine et, par conséquent, à une loi unique, celle du domicile du défunt (1).

La personnalité du statut des successions trouva, au seizième siècle, un défenseur dont le nom illustre effaça la gloire qui, pendant des siècles, avait entouré l'école des glossateurs (2). Mais, chose singulière, l'autorité de Cujas n'eut aucune influence sur les statutaires français et belges : c'étaient tous des jurisconsultes coutumiers, élevés dans la maxime féodale qui réputait toutes les coutumes réelles. Ceux-là mêmes qui donnaient le plus à la personnalité, tels que Dumoulin et le président Bouhier, ne songèrent pas à s'écarter d'une tradition séculaire. Les jurisconsultes allemands et hollandais étaient d'accord (3), on pouvait croire que c'était une théorie définitive. En fait de succession, dit Boullenois, c'est la loi de la situation des biens qu'il faut suivre pour déterminer ceux qui doivent succéder, à quels biens et pour quelles portions (4). La personnalité du statut des successions trouva plus de faveur en Allemagne. Peut-être faut-il l'attribuer à l'autorité légale que le droit romain y avait ; car la personnalité a une étroite liaison avec le système de la représentation universelle du défunt par son héritier. Au dix-huitième siècle, cette opinion devint celle de la plupart des légistes, la jurisprudence l'appliqua, ce qui lui donna une autorité presque légale (5). Toutefois, on ne peut pas dire que la

(1) Voyez l'*Introduction historique* de ces Etudes. (t. I, p. 331, n° 241).

(2) Cujacii *Consult.*, XXV.

(3) Voyez les auteurs cités par Wachter (*Archiv für civilistische Praxis* t. XXV, p. 189, note 315). Schaffner donne une énumération plus complète (*Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 166, note 3 et p. 167, notes 1-3).

(4) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 383.

(5) Wachter dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 192. Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 129, § 130.

nouvelle théorie fut admise par tous les légistes; elle se maintint en France, malgré le dissentiment de Cujas; en Allemagne même, elle conserva une place dans la doctrine et dans les tribunaux. C'est seulement dans les temps modernes que la personnalité prévalut définitivement dans la science allemande; chez les germanistes aussi bien que chez les romanistes, Thibaut et Mittermaier, Savigny et Eichhorn sont d'accord (1). C'est un fort préjugé en faveur de la personnalité. Nous allons entendre les partisans de la doctrine qui règne aujourd'hui en Allemagne, et que le code italien a consacrée.

122. Savigny dit qu'il est impossible d'appliquer à la succession le principe du statut réel. Le statut réel est celui de la situation des biens; il suppose qu'il s'agit d'immeubles déterminés, situés dans tel ou tel pays. Or, la succession ne consiste pas en biens déterminés; c'est une universalité de droit qui comprend des meubles et des immeubles, des créances et des dettes. La succession n'a donc pas de siége local; peut-on dire que des droits et des obligations ont une situation? Alors même qu'il y a des objets mobiliers et immobiliers, il serait inexact de dire que la succession est située là où se trouvent ces objets. En effet, il peut y avoir plus de passif que d'actif: où sera le siége d'une pareille hérédité?

Si la succession n'a pas de situation, on ne peut plus dire que le statut qui la régit soit réel; et s'il n'est pas réel, il doit être personnel. La nature même de la succession conduit à cette conséquence. C'est la transmission qui se fait, par la loi ou par la volonté de l'homme, de son patrimoine à d'autres personnes. Cette transmission a lieu à la mort, à un moment où les droits de l'homme cessent; c'est donc une extension de la puissance de l'homme, au delà du terme où elle devrait expirer, au delà de la vie. N'est ce pas là un rapport essentiellement personnel? Voilà pourquoi on dit en droit français, comme en droit romain, que l'héritier continue la personne du défunt (2).

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 302 et suiv.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, §§ 375 et 376.

D'après la tradition coutumière, reproduite par le code Napoléon, le lien entre le successible et le défunt est encore plus intime : c'est le *mort* lui-même qui *saisit* son hoir le plus proche. Les deux personnes n'en font qu'une. N'en doit-on pas conclure que la loi qui règle cette continuation de personnes est personnelle ?

On aboutit à la même conséquence quand on remonte au fondement des successions. La succession testamentaire ou contractuelle dépend de la seule volonté de l'homme, et la volonté est un fait essentiellement personnel ; on ne peut pas même dire dans ce cas que la succession est réglée par le statut personnel, elle est déférée par la volonté du testateur : c'est sa volonté qui tient lieu de loi. Il en est de même dans la succession *ab intestat*. Sur quel principe la loi se fonde-t-elle pour transmettre les biens du défunt à tels ou tels de ses parents ? Sur la volonté que le législateur présume être celle du défunt. Telle est la théorie des auteurs qui ont écrit sur le droit naturel, Grotius en tête. Celui qui décède sans avoir disposé de ses biens n'a certes pas entendu les laisser à l'abandon, en proie au premier occupant, on doit supposer qu'il a voulu les laisser à ceux que la loi appelle ; ce qui revient à dire que le législateur doit attribuer les biens à celui que le défunt y aurait appelé, s'il avait testé. En ce sens, la succession *ab intestat* est le testament présumé de ceux qui meurent sans avoir disposé de leurs biens (1). Cette théorie est aussi celle des auteurs du code Napoléon. Treilhard, l'orateur du gouvernement, reproduit la doctrine de Grotius à la lettre : « Le législateur appelé à tracer un ordre de successions doit se pénétrer de toutes les affections naturelles et légitimes ; il dispose pour tous ceux qui meurent sans avoir disposé. La loi présume qu'ils n'ont eu d'autre *volonté* que la *sienne* ; elle doit donc prononcer comme eût prononcé le défunt lui-même, s'il eût pu ou s'il eût voulu s'expliquer (2). »

(1) Grotius, *De jure belli*, II, 6, 13. Pufendorf, *Droit de la nature*, traduction de Barbeyrac, t. II, p. 344.

(2) Treilhard, *Exposé des motifs*, nº 2 (Locré, t. V, p. 90, de l'édition de Bruxelles).

Si la succession repose sur la volonté présumée du défunt, il faut dire qu'elle forme un statut personnel, aussi bien que la succession testamentaire. La doctrine traditionnelle, qui fait de la succession un statut réel, est en opposition avec le principe même sur lequel le droit de succession est fondé. Elle distingue les meubles héréditaires et les immeubles, et elle défère les immeubles, d'après la loi de leur situation dans les divers pays où ils se trouvent, et les meubles d'après la loi de leur situation fictive au domicile du défunt. Ainsi, notre volonté est censée varier suivant la nature et la situation des biens. Cela ne se conçoit pas. Avons-nous une volonté différente pour les meubles et pour les immeubles? Non certes. La différence entre les meubles et les immeubles s'est introduite par des motifs purement historiques, sans rapport aucun avec la volonté humaine. Avons-nous telle volonté pour les immeubles situés en Belgique, et une autre volonté pour les immeubles situés en Allemagne? Encore une fois, non. On devrait cependant le dire dans le système traditionnel et on l'a dit, mais cela n'est pas sérieux. L'homme n'a qu'une seule volonté en matière de succession, c'est que ses biens passent à ceux qui y sont appelés, par la loi qu'il connaît, c'est-à-dire par sa loi personnelle ou nationale.

123. Les objections ne manquent pas contre la personnalité du statut des successions. Il faut les entendre. Le principe de la réalité règne encore en France, et dans tous les pays dont la législation procède du code Napoléon ; il règne chez les Anglo-Américains. C'est une des conséquences les plus importantes du statut réel; le réalisme se maintiendra tant que la réalité du statut des successions subsistera. Or, le réalisme repose sur la fausse doctrine de la souveraineté territoriale et absolue ; c'est une erreur qui infecte toute notre science, il faut la combattre jusqu'à ce que la vérité l'emporte. Jusqu'ici les auteurs et les lois sont divisés ; tant que cette division dure, il n'y a pas de droit international privé ; elle doit faire place à l'unité. La doctrine ne doit jamais perdre de vue cet idéal. Ce sont les idées qui gouvernent le monde; pour qu'elles

le gouvernent, il faut qu'elles soient mûres. Le but de ces Etudes n'est pas seulement d'exposer les principes qui règnent en France et en Belgique, il est surtout de ramener à l'unité les principes divergents. Il faut pour cela écouter toutes les opinions, les concilier si la chose est possible, combattre les erreurs, écarter les préjugés, pour arriver à la vérité, en tant qu'il est donné à l'homme de la connaître.

On nie que les lois sur les successions aient pour fondement la volonté présumée du défunt. Telle n'est certes pas, dit-on, la disposition du code Napoléon qui appelle la femme du défunt à son hérédité, après les collatéraux du douzième degré, que le plus souvent le défunt ne connaissait point, et après les enfants naturels et les parents naturels. Telle n'est pas non plus la disposition de notre code civil qui appelle à la succession concurremment le père ou la mère du défunt et ses collatéraux, fussent-ils du douzième degré. On a répondu à cette objection, et je crois la réponse péremptoire. En ce qui concerne les droits du conjoint survivant, il y a un malentendu; les auteurs du code croyaient avoir pourvu aux justes exigences du conjoint; ils se sont trompés (1); une erreur n'est pas un argument. En ce qui concerne la division par lignes, elle aboutit, il est vrai, à une conséquence qui ne s'accorde pas avec l'affection présumée du défunt; mais vouloir que, dans tous les cas, l'ordre légal soit l'ordre des affections, c'est demander une chose impossible, car les affections sont individuelles, tandis que la loi est nécessairement générale. Il faut ajouter que c'est précisément parce que la succession légale peut ne pas s'accorder avec la volonté de l'homme, que la loi lui a donné la faculté de disposer de ses biens par testament, droit qui est illimité quand il n'y a pas de réservataires. Si le défunt ne teste point, qu'en faut-il conclure? C'est qu'il n'a pas voulu déroger au système légal; donc il l'a fait sien par son silence. En ce sens, la succession *ab intestat* dépend toujours de la volonté de l'homme, puisqu'il est libre de faire le con-

(1) Voyez le t. IX, de mes *Principes de droit civil*, nos 154 et 155.

traire de ce que la loi présume être sa volonté. Son silence confirme cette présomption (1).

On dit que si la volonté de l'homme est prise en considération dans la succession *ab intestat*, il n'en est du moins pas ainsi quand le défunt a disposé de ses biens par donation et testament, et qu'il laisse des héritiers réservataires. Dans ce cas, loin de respecter la volonté du défunt, le législateur la brise (2). Je réponds que quand on dit que la succession dépend de la volonté de l'homme, on entend une volonté raisonnable, en harmonie avec le devoir, dont le droit ne doit jamais être séparé. Or, les liens intimes qui existent entre les réservataires et le défunt imposent des devoirs qu'il n'est pas permis de violer. Le législateur rappelle au devoir le père qui le méconnaît; il rappelle au respect l'enfant qui y manque. Maintenant je le demande : est-ce que le devoir, est-ce que le respect ne sont pas des sentiments personnels de leur essence? Que l'on veuille bien m'expliquer ce qu'il y a de réel, de territorial dans le devoir? Et l'on dira que la loi qui sanctionne le devoir se préoccupe exclusivement des biens et de leur transmission (3)!

124. A leur tour, les partisans de la personnalité font des objections, que je crois décisives, contre la réalité du statut des successions. Le système traditionnel, tel qu'il s'est maintenu en France et dans le droit anglo-américain, repose sur la distinction de la succession mobilière et de la succession immobilière. Quand l'hérédité d'un étranger s'ouvre en France, les immeubles qui y sont situés sont déférés d'après le code Napoléon; quant au mobilier héréditaire, il est déféré d'après la loi du domicile du défunt ou de sa nationalité. Chose singulière, cette distinction, qui est fondamentale, est en opposition avec le principe

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 303 et 304. Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*, p. 133.

En sens contraire, Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 98; Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 170 et 171. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 381.

(2) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 91, p. 98 de l'édition française.

(3) Comparez Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*, p. 133-135.

sur lequel repose la réalité du statut des successions. Le code Napoléon ne parle pas du statut des successions; si la doctrine et la jurisprudence française s'accordent à le considérer comme réel, c'est par voie de conséquence de l'article 3 qui déclare réel le statut des immeubles situés en France. Demandons aux auteurs du code pourquoi le statut des immeubles est réel : ils répondent que la puissance souveraine s'étend sur tout le territoire, donc sur tous les biens. La souveraineté, dit Portalis, est tout, ou elle n'est rien (1). Acceptons, pour le moment, ce principe comme vrai; il en faudra induire que la puissance souveraine s'étend sur tous les biens qui composent l'hérédité et qui se trouvent en France, sans distinguer entre les meubles et les immeubles. La distinction que le droit traditionnel fait entre les meubles et les immeubles n'a plus de raison d'être; sur ce point, tout le monde est d'accord. Dans son application aux successions, il faut dire plus : la distinction n'a pas de sens. Est-ce que la souveraineté admet une différence, une division, un partage, d'après la nature des biens? Si la puissance souveraine doit régir les immeubles de l'étranger, elle doit régir aussi ses meubles. Ou dira-t-on que la souveraineté serait brisée si elle ne s'étendait pas sur une bicoque de 1,000 francs appartenant à un étranger, tandis qu'elle restera entière, si des créances d'un million sont régies par une loi étrangère? Merlin a raison de dire qu'en principe la puissance de la loi doit être la même sur les meubles et sur les immeubles. Pourquoi fait-on une différence? Il a fallu pour cela une fiction étrange, c'est que les meubles ne se trouvent pas là où ils sont réellement, qu'ils se trouvent là où ils ne sont pas, au domicile du défunt (2). Cette fiction a-t-elle un fondement rationnel? Non, ce n'est qu'un expédient imaginé pour diminuer les inconvénients que présente le statut réel, dans son application aux successions; on a voulu éviter le concours de lois diverses dans le règlement d'une même hérédité. Si l'on veut déterminer le

(1) Second exposé des motifs du Titre préliminaire du code civil, n° 10 (Locré, p. 304, édition de Bruxelles).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° 3.

statut, à raison des avantages pratiques qui en résultent. Il faut étendre aux successions immobilières le principe que l'on a admis pour les successions mobilières, c'est-à-dire soumettre toute l'hérédité au statut du domicile. En effet, les inconvénients existent aussi pour les immeubles quand ils sont situés sur des territoires régis par des lois diverses. Dans l'ancien droit, Froland se plaignait des embarras qui en résultaient, et d'où naissaient d'inextricables procès (1). Logiquement le statut des successions doit être réel pour le tout ou personnel.

Ainsi la tradition témoigne contre la doctrine traditionnelle, qui n'a cependant pas d'autre appui. Savigny en a fait la remarque (2). Si l'on remonte à l'origine du statut réel, en matière de succession, on se trouve en pleine barbarie. La puissance souveraine s'est longtemps approprié les biens délaissés par un étranger : c'était le fondement juridique du droit d'aubaine que Montesquieu a flétri et qui, aboli par l'Assemblée Constituante, puis rétabli par Napoléon, a souillé nos lois jusque dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle; il y a à peine quelques années qu'il est aboli en Angleterre, et s'il s'y est maintenu si longtemps, c'est que le droit anglais est resté imprégné de l'esprit féodal. Sur le continent, la tradition féodale s'est peu à peu modifiée; le droit d'aubaine a été aboli par des traités; puis on a scindé les successions en conservant la réalité pour les immeubles, et en soumettant le mobilier héréditaire à la loi personnelle du défunt. Cette modification, qui forme encore aujourd'hui le droit commun, est un fait considérable; elle prouve que la réalité du statut des successions est en opposition avec la nature des choses; dans nos sociétés modernes, elle est plus impraticable encore, parce que les biens du défunt peuvent être éparpillés dans toutes les parties du monde. C'est la raison pour laquelle la distinction entre les meubles et les immeubles s'est maintenue, malgré les inconséquences et les anomalies. La tradition se modifie

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 1290.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 299 et suiv.

avec les besoins de la société ; elle tend à remplacer la réalité par la personnalité. Ce que, dans l'ancien droit, on a fait pour le mobilier héréditaire doit être étendu aux immeubles, de sorte que l'hérédité soit régie par une seule et même loi, la loi personnelle ou nationale du défunt.

125. Le statut des successions soulève encore une autre difficulté qui menace de remettre tout en question. Il y a, en matière de statuts, un principe admis par tout le monde : c'est que les lois qui concernent l'intérêt social reçoivent leur application à toutes personnes et dans toute contestation, parce qu'elles sont essentiellement territoriales ou réelles. Or, on prétend que les lois de succession sont des lois politiques, et que, par conséquent, elles sont réelles en ce sens qu'elles l'emportent sur le statut personnel. « Il n'est pas vrai, dit Valette, que les lois relatives aux successions ne soient autre chose que l'expression de la volonté présumée du défunt; très souvent elles ont aussi un objet politique, par exemple, de favoriser soit le morcellement, soit la concentration des fortunes (1). » Demangeat a généralisé l'idée de son maître : « *Toute* loi de succession est une *loi politique*, une loi qui intéresse l'*ordre public*; le droit privé, en matière de succession, se plie toujours aux données du système de gouvernement en vigueur; et, suivant que le gouvernement est un gouvernement de privilége ou un gouvernement national, dans la loi de succession on voit régner l'idée de *privilége* ou l'idée d'*égalité*. Il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir les différentes lois qui ont été admises en France aux diverses époques de notre histoire : toutes apparaissent d'une manière plus ou moins frappante comme des instruments dont se sert le souverain pour faire prédominer tel ou tel grand principe d'organisation politique ou sociale. Aujourd'hui, par exemple, notre loi sur les successions tend évidemment, et avec grande raison, à morceler les propriétés, à prévenir la concentration sur une même tête d'une richesse excessive, soit dans l'intérêt de l'agriculture, soit dans l'intérêt de l'égalité d

(1) Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I, p. 98.

droits entre les personnes. Il y a, par conséquent, un *intérêt public* à ce que notre *loi française* saisisse *toute succession* laissée en *France*, par quelque personne que ce soit (1). — Tel est aussi l'avis de M. Demolombe (2). C'est une justification de la loi française et du statut réel. Elle n'a pas trouvé faveur à l'étranger.

Un des meilleurs jurisconsultes d'Allemagne, Wachter, établit un principe tout à fait contraire. L'Etat, dit-il, n'a aucun intérêt à régler les succession dévolues aux étrangers, car cette dévolution se fait uniquement par des considérations personnelles. C'est à chaque législateur de déterminer l'ordre de succession, comme il l'entend; mais comme il n'a en vue que les personnes, ses lois ne peuvent pas s'étendre aux étrangers, dont il n'a point mission de déterminer les droits. Que lui importe que le conjoint étranger succède ou ne succède pas? Que lui importe que ce soit le neveu qui succède ou l'oncle? Que lui importe que les biens soient recueillis par tel parent ou par tel autre? La société est ici hors de cause; donc il faut tout abandonner à la loi personnelle de l'étranger (3). Telle est aussi l'opinion de Savigny; cependant le célèbre jurisconsulte ne se prononce pas en termes aussi absolus, et il a raison: il n'y a rien d'absolu en cette matière. En effet, il se peut qu'une loi relative aux successions ait un caractère politique, en ce sens que la volonté du législateur soit d'en faire une règle générale, applicable aux étrangers aussi bien qu'aux indigènes. Il faut donc déterminer le caractère de chaque disposition d'après sa nature et d'après l'objet que la loi a eu en vue (4).

Un jurisconsulte genevois, M. Brocher, magistrat et professeur, a combattu, avec une vivacité qui ne lui est pas habituelle, la prédominance de l'ordre politique dans

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 87 et 308. Comparez Demangeat sur Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, p. 145 de la 4e édition.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 91 et 98 de l'édition française.

(3) Wachter, *Die Collision der Privatrechts gesetze verschiedene Staaten* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 198 et 199).

(4) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, §§ 375 et 376.

le droit privé. Il est bon de l'entendre, puisqu'il s'agit de combattre une idée qui domine dans la doctrine française. Brocher n'admet point que le droit civil doive être systématiquement et d'une manière absolue subordonné à des considérations politiques. « Nous mettons, dit il, l'homme au dessus du citoyen; nous croyons tout au moins que le premier ne doit pas être sacrifié au second; et, s'il fallait absolument établir une hiérarchie entre ces deux ordres d'idées, nous l'établirions dans le sens inverse. Les faits peuvent sembler contraires à notre manière de voir; c'est en main de la souveraineté que réside le pouvoir suprême; mais ce pouvoir doit se mettre au service d'une idée supérieure. Façonner l'homme de manière à en faire un instrument, nous paraît le renversement des vrais principes. La raison d'Etat n'a que trop souvent servi d'excuse au despotisme et même au crime; il serait bon de la réduire à sa juste valeur. » Brocher ajoute que les considérations d'ordre politique sont généralement hors de cause en matière de succession : « L'ordre économique du pays ne saurait être sérieusement troublé par la circonstance qu'un fonds délaissé par un étranger serait attribué à telle personne plutôt qu'à telle autre. » Sans doute, la démocratie demande d'autres lois que l'aristocratie; Brocher l'avoue. Mais ce qui importe à la société, quelle que soit sa tendance, c'est de nourrir ses citoyens dans l'ordre d'idées qu'elle préfère. Que la fortune des citoyens soit morcelée, quand la société est démocratique, soit. Mais la société n'est pas intéressée à ce que les étrangers, nés dans un Etat aristocratique, subissent une loi qui n'est pas faite pour eux (1). »

Il va sans dire que les Italiens abondent dans cet ordre d'idées. Ils veulent aussi que la personnalité de l'homme soit respectée partout. De quel droit un législateur démocrate imposerait-il ses idées à un étranger qui appartient à un Etat aristocratique? Les jurisconsultes italiens ne nient point que le statut personnel de l'étranger soit dominé par les lois territoriales, quand celles-ci intéressent

(1) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p. 231-233

l'existence ou la conservation de la société ; ce principe est inséré dans le code d'Italie, et le principe ne reçoit pas d'exception, il s'applique aux successions comme à tous les rapports de droit privé. La France et à sa suite la Belgique et l'Italie ont aboli la féodalité civile qui avait survécu à la féodalité politique. En conséquence, le code Napoléon (art. 686) défend d'imposer à un fonds ou pour un fonds des services qui seraient contraires à l'*ordre public*, c'est-à-dire qui tendraient à rétablir la subordination des fonds servants à un fonds dominant, et partant la dépendance des vassaux et la suzeraineté des seigneurs. Par application du même principe, il ne peut plus être question en France, en Belgique, en Italie, de fiefs, ni d'une succession particulière aux biens féodaux. Il y a donc une part à faire à l'ordre politique : quand les lois de succession concernent l'intérêt social, elles dominent le statut personnel ; quand elles sont d'intérêt privé, elles reçoivent leur application partout où se trouvent des biens héréditaires, parce que l'État où ils sont situés n'a aucun intérêt ni aucun droit de s'y opposer (1).

126. Je me suis prononcé, dans mes *Principes de droit civil*, pour la doctrine italienne, sans la connaître (2); ce qui prouve que telle est la tendance générale des esprits, quand ils ne sont pas enchaînés par la tradition. Cette doctrine donne satisfaction au droit de l'État, ainsi qu'aux intérêts privés. Reste une difficulté, et elle est grande, c'est de fixer les limites du droit social et du droit individuel. Où s'arrête le statut personnel ? Où commence l'empire du statut réel ? C'est le problème fondamental du droit international privé ; les questions controversées abondent ; je les aborderai dans la partie spéciale de ces Études. Pour le moment j'essayerai de préciser le principe qui sert à établir la limite entre la réalité et la personnalité. Il me semble que l'on a fait aux partisans de la réalité une concession trop grande en reconnaissant le caractère politique des lois de succession, en ce sens du

(1) Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*, p. 137 et suiv. Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 108, note 1.
(2) Voyez le t. Ier, de mes *Principes*, p. 172, n° 109.

moins qu'on doit se garder d'en conclure que ces lois sont nécessairement réelles, parce qu'elles se rattachent à l'ordre public.

Notre loi de succession est démocratique, on ne saurait le nier. Il suffit de rappeler les principes qui régnaient dans l'ancien droit, aristocratique comme la société dont il était l'expression : les priviléges de masculinité et d'aînesse, les substitutions fidéicommissaires. Le code Napoléon défère les successions sans distinction de sexe ni de primogéniture, et il abolit les substitutions. C'est l'esprit démocratique qui prend la place de l'aristocratie. En faut-il conclure que tout notre système de succession est fondé sur le droit public, ce qui aboutirait à le déclarer réel, et par conséquent obligatoire pour les successions dévolues aux étrangers? La conséquence serait excessive. L'état des personnes est aussi déterminé par le droit public : la nationalité dépend tout entière de l'ordre politique : le mariage, le divorce sont réglés par des considérations religieuses ou philosophiques qui sont aussi une dépendance du droit public : la majorité est déterminée par des circonstances qui se rattachent au même ordre d'idées. Est-ce à dire que toutes ces lois, qui tiennent à l'ordre public, soient réelles? L'article 3 du code Napoléon les déclare, au contraire, personnelles. Donc il ne suffit pas que des raisons politiques interviennent dans l'établissement d'une loi pour qu'elle soit réelle; il faut qu'il y ait un droit social en cause, que l'existence ou la conservation de la société demande que la loi nationale exclue la loi étrangère. En un mot, la souveraineté de l'État doit être intéressée dans le débat; alors le droit social domine les droits individuels.

Il y a un fait dont on n'a pas assez tenu compte dans cette longue discussion, c'est que les lois de succession ne font, en général, que présumer la volonté du défunt; le législateur permet au testateur de déroger à l'ordre qu'il a établi, avec une seule restriction, c'est qu'il ne rétablisse pas les substitutions, et qu'il ne dépasse pas la quotité dont il peut disposer. Dès que la réserve est intacte, le testateur jouit de la plus entière liberté. Cela

prouve à l'évidence que le caractère politique des lois de succession ne leur imprime pas un cachet de réalité ; en effet, si la souveraineté était intéressée à ce que l'ordre de succession fût observé, toute loi de succession deviendrait réelle; il y a plus, il en résulterait que les nationaux mêmes n'y pourraient déroger, ce qui aboutirait à l'abolition de la faculté de tester. Or, tel n'est certes pas le système de la loi française. Elle est démocratique, dit-on, elle divise le sol, elle aime mieux la petite propriété que les grandes fortunes. Cela est vrai; est-ce à dire qu'elle impose ces règles aux particuliers? Il serait plus vrai de dire que c'est la tendance démocratique de la société qui les a imposées au législateur; mais les individus restent libres de se soustraire aux règles que la loi a établies. Elle veut l'égalité : le testateur a le droit de vouloir l'inégalité, dans les limites de la réserve et du disponible. La loi divise les héritages : le propriétaire peut disposer de ses biens, de manière que le domaine qu'il a exploité ne soit pas divisé. Il y a plus, le code Napoléon ne veut plus de distinction de sexe ni de primogéniture; quand le défunt laisse des descendants, il ne peut pas donner tout à l'aîné, mais il peut lui donner tout son disponible; il peut le donner de préférence à ses filles. Et s'il n'a pas d'enfants, il peut s'écarter entièrement de la loi, en laissant toute sa fortune à un neveu, l'aîné de la famille. Ainsi, le caractère politique des lois de succession n'a rien de coactif; il est en rapport avec les idées et les mœurs; mais le législateur ne songe pas à imposer les idées démocratiques, il n'entend pas faire violence aux mœurs, et il le tenterait en vain, la volonté nationale le briserait. Cela est décisif, au point de vue des statuts. Le législateur défend de déroger par des dispositions particulières aux lois qui concernent l'intérêt social; et il permet aux particuliers de disposer de leurs biens comme ils veulent, sauf la prohibition des substitutions et le respect de la réserve. Donc, les lois de succession sont d'intérêt privé, malgré leur caractère politique; partant, le statut qui les régit est personnel. De quel droit le législateur imposerait-il aux étrangers des lois politiques qu'il

n'impose pas aux indigènes? Le domaine des intérêts privés reste abandonné à la libre disposition des individus, donc aussi aux lois qui sont l'expression de leur volonté présumée. Cela me paraît décisif en faveur de la personnalité des lois de succession. C'est seulement par exception qu'il y a, en cette matière, des règles qui, tenant au droit social, dépendent du statut réel, par application du principe que toute loi qui intéresse la conservation de la société est territoriale et lie les étrangers comme les nationaux.

127. La tendance des lois nouvelles est en faveur de la personnalité du droit de succession. C'est la doctrine allemande qui a introduit ce principe dans la science; elle a pénétré dans la pratique judiciaire, ce qui lui donne l'autorité d'une loi, puisque le droit commun d'Allemagne est encore coutumier (1). Il est inutile de revenir sur les motifs qui ont amené cette innovation considérable dans le droit traditionnel; je viens de les exposer.

En Autriche, on a maintenu jusqu'ici la distinction traditionnelle des successions mobilières et des successions immobilières, les premières régies par le droit de la nation à laquelle le défunt appartenait, les secondes par la loi de la situation des biens. Toutefois, on ne pousse pas le réalisme aussi loin qu'en France : la capacité de succéder *ab intestat* et de recevoir par testament est réglée par le statut de la personne qui est appelée à recueillir les biens. C'est un premier pas hors de la tradition (2).

128. Le code italien contient un article spécial sur le droit héréditaire (Dispositions préliminaires, article 8) : « Les successions *légitimes* et *testamentaires* sont, en ce qui concerne soit l'ordre de successibilité, soit la quotité des droits successoraux et la validité intrinsèque des dispositions, réglées par la *loi de la personne du défunt*, quelle que soit la *nature* des *biens*, et en quelque *pays* qu'ils se trouvent. » Cette disposition est une hardie initia-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 30 et suiv.

(2) Asser, Rapport à l'Institut du droit international (*Revue du droit international*, de Rolin Jaequemyns, t. VII, p. 403).

tive. Le législateur italien est le premier qui ait consacré le principe de la personnalité, en matière de succession, en rejetant la distinction traditionnelle des meubles et des immeubles. Mancini, qui a eu la plus grande part dans les dispositions préliminaires relatives au droit civil international, justifie en deux mots le principe que je considère comme un progrès législatif : « Les successions sont une dépendance du droit de propriété, donc elles doivent être réglées par la volonté du propriétaire, et sa volonté doit faire loi partout, sauf le droit des réservataires. S'il n'a point disposé de ses biens, la loi le fait pour lui, et d'après sa volonté présumée, en tenant compte de l'organisation de la famille, laquelle a un lien intime avec le droit de succession. Or, l'état des personnes procède de la famille, donc le droit de succession est personnel à tous égards. »

L'ancienne doctrine se fondait sur la souveraineté qu'elle étendait sur toutes choses. Dans son rapport au roi, le ministre de la justice insista sur ce point. Si le principe traditionnel était vrai, on aurait pu accuser le Parlement et le ministre de sacrifier les droits de la puissance souveraine à une théorie allemande. Allemande, elle ne l'est point, car elle est d'origine italienne, et le plus illustre des jurisconsultes français lui a prêté l'autorité de son nom. Le ministre italien dit que la souveraineté est hors de cause ; en général, elle n'a pas à intervenir dans l'exercice du droit de propriété, puisque la loi elle-même laisse ce soin au propriétaire ; et si l'état de famille réclame l'intervention du législateur, c'est pour l'organiser selon les mœurs, les idées et les sentiments de la nation qui lui a délégué ses pouvoirs ; mais il n'a ni mission, ni qualité pour régler les droits des familles étrangères ; il doit, au contraire, accepter la loi nationale de l'étranger, parce qu'elle est seule compétente. La puissance souveraine n'est en jeu que lorsqu'il s'agit de l'existence, de la conservation et des droits de la société : ici elle domine tout entière, et le code italien réserve expressément ses droits (1).

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 108-110, en note. Comparez Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 124.

Le code italien comprend dans une même disposition la succession *ab intestat* et la succession testamentaire. En effet, à première vue, on peut croire qu'elles sont régies par une seule et même loi, puisque la succession légale est considerée comme le testament du défunt. Cependant, il y a une différence, et elle est essentielle. Dans les dispositions testamentaires, tout dépend de la volonté du testateur; dès lors, il ne peut être question de statut, car le statut est une loi qui, en général, s'impose aux parties intéressées : tel est le statut personnel qui régit l'état et la capacité des personnes, et tel est aussi le statut réel qui gouverne toute personne et toute chose. Or, en matière de testament, c'est la volonté du défunt qui tient lieu de loi; il peut declarer qu'il entend tester d'après une loi qui n'est pas son statut personnel. Il suit de là que l'on ne peut pas poser comme principe que la succession testamentaire est régie par le statut personnel du défunt. C'est seulement quand la volonté du testateur est douteuse, et qu'il s'agit de l'interpreter, que le juge doit avoir une règle d'interprétation, c'est-à-dire qu'il doit savoir d'aprés quelle loi il interprétera le testament. Le défunt ne s'en étant pas expliqué, le législateur est obligé d'établir une présomption ; or, la présomption naturelle est que le testateur a entendu suivre sa loi personnelle ou nationale, parce que c'est la seule qu'il connaisse. Quoiqu'on applique dans ce cas la loi de la personne, on ne peut pas dire que le statut soit, à proprement parler, personnel ; car ce n'est pas à titre de loi que l'on applique le statut de la personne, c'est comme volonté présumée du testateur.

Le code italien entre dans le détail des dispositions qui, en matière d'hérédité, sont régies par le statut personnel du défunt. Cela suppose que le statut de la personne ne reçoit pas toujours son application. En effet, les auteurs italiens les plus attachés au principe de nationalité remarquent que les étrangers ne pourraient pas invoquer leur statut s'il était en opposition avec une loi italienne d'ordre public (1). Cela est certain, mais il était

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 111.

inutile de le dire, même implicitement, puisque le code d'Italie en a une disposition formelle, et le principe, d'ailleurs, est universellement reconnu, et c'est aussi une règle universelle de son essence ; elle ne reçoit pas d'exception, elle dépend de la souveraineté, et quand l'existence ou la conservation de la société est en cause, il faut dire avec Portalis que la souveraineté est tout ou qu'elle n'est rien. Quels sont les cas où la puissance souveraine a intérêt et droit à étendre son empire sur les personnes et les choses qui se trouvent sur le territoire ? Le code italien abandonne cette difficile question à la doctrine. J'y reviendrai dans ce chapitre, consacré aux principes généraux, et je renvoie les difficultés à la partie spéciale de ces Etudes.

§ IV. — *Conflit résultant de la diversité du système de succession.*

N° 1. — THÉORIE DE SCHAFFNER ET DE BAR.

129. Il y a, en matière de succession, comme dans presque toutes les parties du droit international privé, une antinomie profonde entre la *common law* anglo-américaine et la doctrine qui prévaut parmi les jurisconsultes du continent de l'Europe. La *common law* suit, quand il s'agit d'immeubles, la loi de la situation des biens, et la loi du domicile quand il s'agit de meubles. J'ai déjà constaté cette différence entre le droit anglo-américain et le droit allemand et italien. L'opposition s'aggrave par un conflit qui touche aux bases mêmes du système héréditaire. Dans le droit commun de l'Europe, la succession forme une universalité de biens, de droits et de dettes ; c'est cette universalité qui est transmise aux héritiers, ils ne succèdent pas à des choses particulières, meubles et immeubles, créances et actions, ils succèdent à la personne du défunt et à son patrimoine, tel que le défunt le possédait, activement et passivement. En ce sens, on dit que l'héritier est le représentant du défunt, qu'il continue sa personne, et que, par suite, le patrimoine du défunt et celui de l'héritier se confondent. Dans cet ordre d'idées, il

paraît naturel, nécessaire même que la succession soit régie par la loi personnelle du défunt, quant à sa personne et quant à ses biens. C'est l'argument que Savigny fait valoir pour justifier le principe du statut personnel en matière d'hérédité (1).

La théorie du droit anglo-américain est toute différente en ce qui concerne les immeubles. L'héritier ne succède pas à la personne du défunt, il succède aux biens, d'après la loi qui régit les biens, et cette loi est celle de la situation. Quant au mobilier, il se transmet à titre universel; l'héritier, à cet égard, est le représentant du défunt, et par suite son droit est déterminé par la loi personnelle du défunt (2).

Ce sont des écrivains allemands, Schaffner et Bar, qui ont établi cette liaison entre le statut qui régit la succession soit mobilière, soit immobilière, et la nature du droit héréditaire, universel pour les meubles, et à titre particulier pour les immeubles (3). Savigny avoue, ce qui est évident, que là où les biens ne se transmettent pas à titre universel, on ne peut plus invoquer l'universalité de l'hérédité comme fondement de la loi personnelle (3). Autre est la question de savoir si les Anglo-Américains suivent la loi du territoire pour les immeubles héréditaires et la loi du domicile pour les meubles par le motif que la transmission des uns se fait à titre particulier et la transmission des autres à titre universel. Cela n'est pas prouvé et cela n'est pas probable. Dans le droit français, la tradition a toujours admis la distinction entre le statut des immeubles et le statut des meubles, et cependant, la succession tout entière, immeubles et meubles, se transmettait à titre universel; le droit coutumier, qui remonte au droit germanique, allait encore plus loin à cet égard que le droit romain; il identifiait l'héritier avec le défunt en lui trans-

(1) Voyez plus haut, p. 227, n° 122. Comparez Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, p. 140, de la 4e édition.

(2) Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 70, §§ 57-59, et p. 165, §§ 126-152. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 379 et suiv.

(3) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 304 et 305.

mettant non seulement la propriété, mais encore la possession de tous les droits, biens et obligations; c'était là le sens de ces maximes profondes qui sont entrées dans le code Napoléon : « le mort saisit le vif »; « Dieu seul fait des héritiers, l'homme n'en fait point. » Ainsi le système de l'universalité la plus absolue coexistait avec la loi réelle pour les immeubles, et la loi personnelle pour les meubles. Donc il n'y a point de lien nécessaire entre le mode de transmission des biens et la loi qui les régit.

L'histoire du droit de succession nous fournit un autre argument contre cette théorie, car ce n'est qu'une théorie. Au moyen âge on disait : Toute coutume est réelle. Il en résultait que tous les biens, meubles et immeubles, étaient soumis à la loi du territoire, de même que toutes les personnes. Quel était le fondement de la réalité des coutumes? Le système féodal qui subordonnait l'homme à la terre, et attachait la puissance souveraine à la possession du sol. Telle est la vraie origine de la loi territoriale qui régit les immeubles; et c'est cette loi qui s'est maintenue par la puissance de la tradition en Angleterre, où la propriété repose encore aujourd'hui, au moins en théorie, sur la tenure féodale : l'héritier devant être investi des fiefs par le seigneur suzerain, c'était naturellement la loi du fief, c'est-à-dire, celle de la situation, qui régissait l'investiture, et partant l'hérédité (1). Si l'on fit exception pour les meubles, c'est que la maxime féodale : Nulle terre sans seigneur, ne s'appliquait qu'aux fiefs.

130. Supposons que la loi de succession dépende du mode de transmission des biens, qu'en va-t-on conclure? Partout la transmission des biens par succession se fait à titre universel, au moins pour les héritiers proprement dits. En droit français, on admet généralement que les successeurs irréguliers succèdent aux biens, et non à la personne. En faudra-t-il induire que les successions légitimes seront régies par la loi personnelle du défunt, et les successions irrégulières par la loi de la situation? On n'a

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 297 et suiv.

jamais fait cette distinction, ce qui suffit pour la rejeter, puisque c'est la tradition qui gouverne cette matière. Et quand on procédera à la revision du code civil, je doute que l'on maintienne la distinction traditionnelle entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers. Toutes les successions doivent être régies par un seul et même principe, et par conséquent soumises à une seule et même loi. Veut-on que le législateur emprunte ce principe et cette loi au droit anglo-américain? Que l'on veuille bien nous dire d'abord quelle serait la raison de la distinction que la loi ferait entre les successions mobilières et les successions immobilières. La distinction entre les meubles et les immeubles existe encore dans notre code civil; mais de toutes parts on l'attaque; économistes et légistes, tout le monde est d'accord pour la répudier; elle disparaîtra. Or, de toutes les règles différentes que l'on admet pour les meubles et pour les immeubles, celle qui se justifie le moins est la règle anglo-américaine, concernant le mode de transmission des biens par succession. Pourquoi les immeubles se transmettent-ils à titre particulier et par la loi de leur situation, tandis que les meubles se transmettent à titre universel et par la loi personnelle du défunt? Les auteurs allemands qui préconisent cette distinction ne nous en disent pas la raison, et je cherche vainement un motif rationnel qui la légitime; je ne trouve d'autre explication que la tradition, or personne ne veut plus d'une tradition qui pouvait avoir sa raison d'être au onzième siècle, à la suite de la conquête normande, mais qui par cela seul n'en a plus aujourd'hui.

La seule considération que les auteurs allemands invoquent en faveur du système anglo-américain, c'est l'équité. Il est dur pour l'héritier d'être tenu indéfiniment de toutes les dettes de la succession, et de perdre son patrimoine pour payer les dettes du défunt. Les réponses abondent. D'abord le bénéfice d'inventaire met le successible à l'abri de tout préjudice. Puis, en supposant que, par imprudence, il se porte héritier pur et simple, pourquoi sera-t-il tenu des dettes indéfiniment sur le mobilier, tandis qu'il n'en sera tenu sur les immeubles que jusqu'à concurrence de

leur valeur? Voilà une singularité que les législateurs modernes n'admettront certes point. Les fortunes se mobilisent; le nombre des successions purement mobilières augmente tous les jours. La loi dira-t-elle que l'héritier qui recueille des valeurs mobilières sera obligé de payer toutes les dettes du défunt, même sur son propre patrimoine, tandis que celui qui recueille des immeubles ne sera tenu que sur ces biens? Je demande des motifs rationnels, et l'on me répond par une distinction qui n'a point de sens. Il faut laisser là une tradition surannée qui n'a plus aucune raison d'être dans notre état économique et social. Une seule et même loi doit régir toute l'hérédité.

Reste à savoir si la loi anglo-américaine sera préférée à la loi qui règne sur le continent : tout héritier, tout successeur sera-t-il, de plein droit, un héritier bénéficiaire, ou tout successible sera-t-il tenu, en principe, des dettes du défunt, indéfiniment, sauf à user du bénéfice d'inventaire? C'est ce dernier système qui l'emportera, parce qu'il est tout ensemble plus logique et plus moral. Domat a exposé admirablement les principes sur lesquels repose notre système de succession. C'est Dieu qui fait les héritiers, le sang nous donne une place dans la famille, au sein de laquelle nous naissons; nous partageons ses biens, ses honneurs, son nom, sa considération; nous devons aussi partager ses charges. Il y a entre elle et nous un lien de solidarité dont nous ne pénétrons pas le mystère, mais qui n'en est pas moins certain. La conséquence doit être que l'héritier, déjà considéré comme copropriétaire du vivant de celui à qui il succède, soit son représentant et continue sa personne après sa mort. L'honneur l'oblige à satisfaire à tous les engagements du défunt. Nos anciennes coutumes avaient à un haut degré ce sentiment d'honneur; entre deux successibles dont l'un acceptait purement et simplement et l'autre sous bénéfice d'inventaire, elles donnaient la préférence au premier. C'est presque une déclaration de faillite qu'une acceptation sous bénéfice d'inventaire. De quel droit l'héritier, qui aurait recueilli la fortune du défunt si ses affaires avaient prospéré, jette-t-il la honte sur la mémoire du défunt, parce

qu'il meurt obéré? Il doit supporter les charges du sang, comme il en recueille les bénéfices. Nos lois pourvoient à ses intérêts, au delà peut-être de ce que l'honneur exige, en lui permettant de renoncer à la succession ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire. Toujours est-il que le législateur se gardera de relâcher encore le lien de la famille, en établissant le principe anglo-américain en vertu duquel l'héritier prend les biens, et rejette le passif. Dieu a inspiré à nos ancêtres à moitié barbares le sentiment de la solidarité morale : qu'il veuille bien le conserver toujours à leurs descendants!

131. Si la théorie que je combats n'était qu'un système de deux légistes allemands, il serait inutile d'y insister davantage; on est si habitué à voir, en Allemagne, les systèmes succéder aux systèmes, qu'on ne les prend pas trop au sérieux. Savigny disait que tous les jurisconsultes, germanistes et romanistes, s'accordaient à considérer la loi des successions comme personnelle, et voilà que deux écrivains préconisent le droit anglo-américain comme un idéal. Ce prétendu idéal est le réalisme, lequel nous ramènerait à la féodalité! Mais il ne s'agit pas seulement d'une doctrine. Les nations les plus puissantes et les plus libres sont en cause, et à chaque pas je suis obligé de constater qu'il y a un dissentiment profond entre les légistes d'Angleterre et des Etats-Unis et les légistes du continent. Il faut que ce dissentiment cesse et que l'accord se fasse, ou il faut dire que le droit civil international est une chimère. La difficulté est grande; pour la vaincre, il faut la regarder en face, et ne pas s'en dissimuler la gravité : connaître le mal est le premier pas vers la guérison.

Schäffner relève les contradictions qui existent entre les diverses législations, en ce qui concerne la loi qui régit les successions. La *common law* et les lois du continent européen ne sont d'accord que sur un point, c'est qu'ils admettent la loi personnelle du défunt pour les successions mobilières. Cette distinction entre les meubles et les immeubles héréditaires brise déjà l'unité de statut : là où il y a deux lois, il n'y en a plus. Quant aux successions

immobilières, les Allemands et les Italiens suivent la loi personnelle, tandis que partout ailleurs on suit la loi de la situation. Que fera-t-on si, dans une succession ouverte en Allemagne, il se trouve des immeubles situés dans des pays régis par une loi différente? Le juge allemand pourra bien appliquer la loi personnelle aux immeubles allemands; mais en France, en Belgique, dans les Pays-Bas, en Angleterre, aux Etats-Unis, les héritiers succéderont d'après la loi du territoire. Le conflit est insoluble. Schaffner ne trouve qu'une solution, c'est de revenir à la loi de la situation (1). En Allemagne, on peut proposer ce changement de système, puisque le principe de la personnalité, introduit par la doctrine et la jurisprudence, peut faire place au principe de territorialité, si les auteurs et les tribunaux s'accordaient à revenir à la vieille tradition. Mais là ou il y a, comme en Italie, des lois fondées sur le principe de nationalité, la doctrine serait impuissante, et de fait elle n'y songe point : la nationalité tient à un principe qui s'identifie avec l'indépendance et la liberté de la nation italienne. Le conflit subsistera donc. Faut-il désespérer d'y mettre fin? Les partisans de la réalité admettent que les successions mobilières sont régies par la loi personnelle; Schaffner ne fait aucune objection. Cependant tout ce qu'il dit contre la personnalité des successions immobilières peut être rétorqué contre les successions mobilières, et ce que l'on allègue pour justifier la personnalité du statut qui régit les meubles peut être appliqué aux immeubles. Il y a là une antinomie qui laisse une ouverture à la conciliation. Et l'on peut être sûr qu'elle ne se fera point par un retour au réalisme féodal. La tendance de l'humanité n'est pas de revenir a l'isolement hostile du moyen âge; les peuples se rapprochent par leurs intérêts et leurs idées; ce mouvement conduit à l'unité, au moins sur le terrain du droit privé.

Bar constate la différence qui existe entre le droit anglo-américain et le droit de l'Europe continentale, en

(1) Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 172, §§ 132 et 133.

ce qui concerne la transmission des biens par voie d'hérédité, et il en fait un principe : les immeubles se transmettent à titre particulier, donc le statut est réel : les meubles se transmettent comme universalité, donc le statut est personnel. Le jurisconsulte allemand rapporte l'origine de la *common law* au vieux droit germanique, tandis que l'autre système serait celui du droit romain et des peuples modernes qui l'ont adopté (1). C'est une théorie dangereuse, car elle élève un fait accidentel à la hauteur d'un principe, et elle identifie ce principe avec la diversité des races : cela aboutirait à éterniser le conflit dont il importe d'amoindrir la gravité. Savigny a ruiné d'avance l'hypothèse historique de Bar. Il nie que l'opposition existe entre le droit germanique d'une part et le droit romain d'autre part. La vraie loi historique est celle-ci. Les Romains sont le peuple juridique par excellence; sous l'influence de ce génie particulier dont Dieu les a doués, ils développèrent de bonne heure le droit sous toutes ses faces et lui donnèrent une perfection qui lui assure, en un certain sens, l'éternité. Il en est ainsi du droit héréditaire, en tant qu'il repose sur l'idée d'une transmission universelle des biens, droits, créances et dettes sur la tête de l'héritier. Cette idée n'est pas romaine, elle découle de l'essence même de l'hérédité; c'est ainsi qu'elle est considérée par tous les jurisconsultes, à quelque école qu'ils appartiennent, germanistes ou romanistes. Si les Germains, dans la haute antiquité, avaient une idée différente, ce n'est pas parce que la succession à titre particulier soit une théorie particulière à leur race. Le droit germanique ne s'est pas développé avec cet éclat et cette puissance que le droit romain a eus par un privilége singulier; la raison en est que les Germains ne sont pas une race juridique; Savigny ne le dit pas, mais l'histoire le dit. Le jurisconsulte allemand avoue que le droit anglo-américain est resté stationnaire, ce qui est d'évidence, puisque la *common law* est encore aujourd'hui ce qu'elle était du temps de Guillaume le Conquérant. Il est contraire à toute raison historique d'invoquer

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 376-380.

un droit qui est presque immuable, pour le mettre sur la même ligne qu'un droit qui a eu un développement sans pareil; on doit dire, au contraire, que le droit anglo-saxon ne saurait être opposé au droit romain, comme formant un système à part et que le premier arrivera un jour, quand le législateur le modifiera, à la règle que le droit romain a établie depuis des siècles (1). La comparaison du droit français et du droit anglo-américain vient à l'appui de la doctrine de Savigny. Les coutumes sont d'origine germanique; c'est en Belgique, pays coutumier, que les plus anciens usages, ceux des Francs Saliens, ont été rédigés sous le nom de Loi salique. Cependant le droit héréditaire de nos coutumes a le même caractère que le droit romain; l'idée d'universalité y est encore plus prononcée. Il n'est donc pas exact de dire que la succession à titre particulier soit une institution germanique et que la loi territoriale en dépende. On suit la loi de la situation en France, où règne la succession universelle, comme on la suit en Angleterre où règne la succession à titre particulier, et cependant le droit, chez les deux nations, est d'origine germanique. Cela prouve que la loi des successions a une autre origine; elle est commune à l'Angleterre et à la France : c'est la féodalité (2).

Je ne pense pas qu'en cette matière on veuille ressusciter le droit féodal, comme un idéal pour les sociétés modernes. En tout cas, l'idéal serait complètement faux. La réalité du statut des successions est un corollaire du statut réel qui régit les immeubles; or, le réalisme tient à la conception de la souveraineté qui s'est formée sous l'influence de la féodalité. Au moyen âge, la terre était souveraine; de là, cette idée qui a si longtemps régné dans les faits et dans la science, que la souveraineté est territoriale, qu'elle s'étend sur toutes les personnes et sur toutes les choses qui se trouvent sur le territoire. La théorie de la souveraineté a changé; la puissance souveraine est devenue une mission, ce n'est plus une puissance

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 297 et 298.

(2) Comparez Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 385 et suiv.

jalouse et exclusive qui s'isole et écarte toute action d'une loi étrangère; tous les États poursuivent le même but, le perfectionnement de l'homme et des sociétés civiles; tous se donnent la main pour s'aider à accomplir cette grande œuvre. Au bout de ce long travail, l'humanité sera unie au lieu d'être divisée. Telle est la vraie tendance du droit civil international : l'unité du genre humain dans le domaine des intérêts privés. Il ne faut pas perdre de vue ce but idéal de notre science, si l'on veut apprécier la loi historique qui préside à son développement.

N° 2. WHARTON.

132. Un légiste américain qui a fait un séjour en Allemagne s'y est imbu des idées allemandes et les a transportées dans la *common law* (1). Je ne sais si elles ont trouvé faveur aux États-Unis et en Angleterre; toujours est-il qu'il faut empêcher qu'elles ne s'y acclimatent, car elles contribueraient à enraciner l'opposition, qui est déjà si grande, entre le droit anglo-américain et le droit européen; la science doit, au contraire, travailler à abaisser la barrière qui est le plus grand obstacle que rencontre la communauté de droit entre les peuples. Wharton, je l'espère, ne fera pas école; en poussant à bout le système de Schaffner et de Bar, il en a montré la faiblesse, mieux que la critique ne pourrait le faire. C'est le propre des faux principes; les conséquences auxquelles ils aboutissent prouvent que le point de départ n'est point l'expression de la vérité.

Wharton commence par caractériser le système de succession qui prévalait chez les Romains. Le père de famille était une *personne artificielle* qui continuait à exister après sa mort; pendant sa vie, il absorbait tous les droits de ceux qui composaient sa famille, les esclaves, les colons, les enfants sous puissance. Roi dans son royaume, on pouvait dire de lui qu'il ne mourait point : le roi est mort, vive le roi! Voilà déjà une étrange conception : le

(1) Wharton, *Conflict of laws, or Private international law*, p. 414, § 548.

père de famille ne se serait point reconnu dans le portrait que le légiste américain trace de lui. Ce n'était pas une personne artificielle, une personne morale ou civile, c'est-à-dire une fiction légale, c'était un maître et seigneur, en chair et en os, propriétaire absolu dans son domaine, et son domaine s'étendait sur tout, personnes et choses. Lui seul avait une personnalité juridique et on voudrait le réduire à l'état de fiction! Quand le législateur crée des fictions, c'est par nécessité; la réalité lui faisant défaut, il a recours à un être à qui il donne une vie fictive, pour remplir un office social. Mais là où la réalité remplit tout, à quoi bon imaginer une fiction? Qu'est-ce que le père de famille fictif vient faire dans une famille où il y a un père qui la gouverne avec un pouvoir absolu? A-t-on jamais vu la loi créer une fiction pour la mettre à côté d'une réalité vivante? Un être fictif pour prendre la place d'un être réel?

Pourquoi Wharton a-t-il imaginé cette étrange fiction? Pour expliquer la transmission à titre universel de l'hérédité. Le propriétaire n'est plus qu'un fidéicommissaire, chargé de transmettre son patrimoine à son héritier, lequel, de son côté, reçoit le fidéicommis affecté de la même charge. La propriété et sa transmission est la chose essentielle; le propriétaire ou le fidéicommissaire est un accessoire. Voilà une idée anglaise, elle n'est certes pas romaine. L'auteur a oublié la loi des XII Tables, qui donnait au testateur un pouvoir législatif : sa volonté tenait lieu de loi. Chose singulière! La comparaison du patrimoine avec un fidéicommis, complètement étrangère au droit romain, a quelque chose de vrai dans la copropriété de famille que l'ancien droit germanique admettait entre les membres d'une même famille (1); ce qui conduit à une tout autre conséquence que celle que Wharton admet à la suite de Schaffner et de Bar. L'héritier et le défunt étant copropriétaires, leurs personnes se confondent, et partant l'héritier est plus que le représentant du défunt, les deux personnes n'en forment qu'une; peut-on

(1) Voyez, sur cette copropriété, mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 585, nos 495-497

affirmer plus énergiquement que les droits et les obligations de l'hérédité sont les droits et les obligations du défunt! Cela ruine dans son fondement le système des auteurs allemands que Wharton a eu tort de suivre.

133. Wharton trouve dans sa théorie d'une personne fictive l'explication de la loi qui régit les successions. Ce ne peut être que la loi personnelle, puisque le patrimoine est plus qu'une *universalité de droit*, comme disent les légistes, c'est une *personne*, et la loi de la personne, dans l'espèce, ne saurait être que celle du défunt, puisqu'il est le représentant de la personne civile. Pour le coup, on peut dire que la conséquence témoigne contre la doctrine. Wharton vient de faire du père de famille un être fictif; c'est le patrimoine qui est la chose réelle; c'est donc la loi du patrimoine qui devrait être la loi de la succession. La conséquence logique serait la réalité de la loi. C'est ainsi que raisonnait Bourgoingne. L'homme n'est qu'un vain fantôme sans les biens qu'il possède, le patrimoine est donc la chose essentielle et la personne l'accessoire. Le légiste belge en conclut que tout statut concernant les biens est réel (1). Pour arriver à une conséquence contraire dans le prétendu système romain qu'il expose, Wharton est obligé de laisser là la fiction de la personne civile, car une fiction n'a point de loi; il revient au propriétaire, qui ne peut être qu'un représentant de la personne civile, et c'est le statut du propriétaire qui devient le statut de son patrimoine, bien que le patrimoine soit la chose principale et la personne l'accessoire. L'accessoire peut-il déterminer la loi qui régit le principal!

134. Une doctrine juridique doit s'appuyer sur des témoignages. Quelles sont les autorités de Wharton? Il cite de longs extraits d'un traité de droit romain par un auteur anglais (2). Le mot d'*universitas juris* y figure, bien que Maine avoue que l'expression n'est pas romaine. Mais autre chose est une *universalité de droit* et une *personne civile* ou une *corporation*. Quand les romanistes

(1) Voyez l'introduction historique de ces *Etudes*, n° 306, p. 438 du 1er volume

(2) Maine, *Treatise on the ancient law* (dans Wharton, p. 416, § 549.)

disent que la succession est une *universalité de droit*, ils entendent par là que l'héritier ne succède pas à des biens déterminés, qu'il succède à un patrimoine composé de meubles, d'immeubles, de créances actives et passives : c'est l'idée romaine, ce que personne ne conteste. Mais Maine ne dit pas un mot d'une prétendue personne civile qui continue à travers les générations, comme un fidéicommis perpétuel. Il est vrai que la plupart des auteurs admettent que la succession forme une personne civile tant qu'elle n'est point acceptée, opinion que Savigny considère comme une erreur. Je n'entre pas dans ce débat parce qu'il n'a rien de commun avec la question du statut qui régit l'hérédité. Il s'agit de savoir pourquoi, en droit romain, l'héritier est le représentant de la personne du défunt, et pourquoi la loi de la succession est la loi personnelle du défunt. Pour que la question s'élève, il faut que l'héritier accepte; il faut donc laisser de côté l'hérédité jacente. La réponse est très simple, on n'a pas besoin de recourir à une fiction pour expliquer que l'héritier succède à une universalité de droit, puisque la succession se compose d'un ensemble de biens, dettes et créances, ainsi nous sommes en pleine réalité. La conséquence est tout aussi naturelle; puisque ce n'est pas à des biens que l'héritier succède, il n'y a pas lieu d'appliquer le statut réel qui régit les biens. Ou dira-t-on que le successible qui ne trouve que des dettes dans l'hérédité est un successeur aux biens et, comme tel, régi par la loi de la situation? Ce serait là une fiction étrange et inexplicable. Dans l'espèce, il est palpable que l'héritier est débiteur, comme le défunt l'était, ce qui est un lien purement personnel; et comment un lien d'obligation serait-il régi par la loi de la situation des biens, alors qu'il n'y a pas de biens? C'est une contradiction dans les termes. La succession, considérée dans son essence, conduit donc au statut personnel. Les jurisconsultes romains ont le mérite d'avoir reconnu la vérité, en ce qui concerne la transmission de l'hérédité, et de l'avoir mise en évidence. Il ne s'agit donc pas d'une doctrine romaine, il s'agit d'une doctrine rationnelle, et c'est à ce titre qu'il faut l'admettre. La mobilité des

systèmes est sans force devant la vérité; or, la théorie romaine, en ce point, est l'expression de la vérité; on peut lui maintenir le beau titre que nos anciens lui ont donné, c'est la raison écrite. On essaye vainement de lui opposer une prétendue doctrine germanique, qui n'est autre chose que l'enfance du droit : l'enfant devenu homme répudiera les erreurs et les préjugés de ses premières années.

135. Wharton prend encore appui sur une autre autorité, la plus grande de toutes si elle avait un fondement solide, la raison, ou, comme il le dit, une base philosophique (1). Quelle est cette base? Rappelons d'abord la thèse en faveur de laquelle on invoque la philosophie : les immeubles sont recueillis d'après la loi de la situation, sans que l'héritier soit tenu des dettes *ultrà vires*. Les dettes sont avant tout la charge du mobilier, ce n'est qu'après l'épuisement des valeurs mobilières que l'héritier paye les dettes jusqu'à concurrence de son émolument. Je cherche en vain une notion philosophique dans ce système. La distinction entre la transmission à titre universel du mobilier et à titre particulier des immeubles n'a aucune raison d'être; sur ce point tous les légistes du continent sont d'accord contre les Anglo-Américains. Il n'y a qu'une idée qu'on peut appeler rationnelle dans la *common law*, c'est que l'héritier n'étant qu'un successeur aux biens n'est pas tenu des dettes *ultrà vires*; il jouit de plein droit du bénéfice d'inventaire, tandis que ce bénéfice est une exception dans la théorie romaine, pour mieux dire le bénéfice est étranger aux jurisconsultes puisqu'il n'a été introduit que par Justinien, et il faut ajouter que dans notre ancien droit, il était vu avec défaveur. Lequel des deux systèmes est le plus en harmonie avec la raison? Le système anglo-américain a trouvé des défenseurs en Allemagne (2) Il est favorable aux héritiers, défavorable aux créanciers. Mon avis est qu'avant de parler de l'intérêt des héritiers, il faudrait faire appel à leur devoir; l'honneur de la

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 426, §§ 562-564.
(2) Holtzendorff, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*.

famille va avant l'intérêt. Malheur aux nations modernes si elles subordonnent le devoir au lucre! La société humaine n'est pas une société commerciale fondée sur un profit pécuniaire; c'est une société des âmes, et la famille, qui en est la base, a pour lien l'honneur. Telle est la vraie philosophie du droit. Le législateur fera bien d'en tenir compte, s'il apprend aux hommes à voir dans la famille un calcul de profits et de pertes, que deviendra le dévouement, le sacrifice? Et si les plus nobles facultés de l'homme sont atrophiées, que deviendra la société quand elle n'aura plus d'autre fondement qu'une spéculation d'argent? La passion du lucre surexcitée produit déjà de funestes résultats partout, peut-être aux Etats-Unis plus qu'ailleurs. On glisse rapidement sur cette pente et on aboutit à un abîme. *Caveant consules!* Que le législateur veille à ce que la société ne périsse pas dans la boue! Cet appel ne s'adresse pas uniquement aux Anglo-Américains; ce serait une injure, et il est inutile de protester que je n'entends point blesser ceux que je voudrais convertir à mes idées. Le mal sévit partout et chacun de mes lecteurs, sur le continent comme en Angleterre, en Europe comme dans le nouveau monde, n'a qu'à jeter les yeux autour de lui pour s'en convaincre. Le sentiment moral s'affaiblit, il faut le ranimer : le salut de l'humanité y est engagé. Mais aussi nous pouvons être sûrs de trouver un appui dans Celui qui dirige les destinées humaines! Il ne délaisse jamais ses créatures; il vit en nous, comme nous vivons en lui. Dieu nous tend la main; nous n'avons qu'à suivre ses inspirations. C'est notre concours qui lui fait défaut. Aidons-nous, le Ciel nous aidera.

SECTION III. — Lois réelles.

ARTICLE PREMIER. — LOIS QUI RÉGISSENT LES IMMEUBLES.

§ 1er. — *Le droit français et le droit commun.*

136. L'article 3 du code Napoléon porte que les étrangers, résidant ou non en France, sont régis par la loi

française, en ce qui concerne les immeubles qu'ils y possèdent. On appelle *réelles* les lois qui régissent les immeubles. Ces lois reçoivent leur application à tous ceux qui possèdent des immeubles situés en France, quelle que soit leur nationalité, qu'ils soient étrangers ou Français ; d'autre part, les effets de ces lois ne dépassent pas les limites du territoire. Il en est tout autrement des lois personnelles ; elles sont attachées à la personne et la suivent partout, dans tous les pays. Pourquoi les lois concernant les immeubles sont-elles réelles?

Portalis, dans l'Exposé des motifs du Titre préliminaire, invoque la souveraineté. Le souverain, dit-il, a le *domaine éminent*, ce qui veut dire, non que l'Etat a un droit de propriété sur tous les biens de son territoire, mais que la puissance publique a le droit de régler la disposition des biens par des lois civiles, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics, et de disposer de ces mêmes biens pour cause d'utilité publique. Dans tous ces cas, il y a un intérêt général en jeu ; dès lors il est évident que la loi étend son empire sur tous les biens du territoire comme sur toutes les personnes qui s'y trouvent : les étrangers sont soumis aux impôts comme les indigènes, et leurs biens peuvent être expropriés pour cause d'utilité publique, comme les biens des nationaux. Cela n'est contesté par personne. Mais, quand on dit que les lois relatives aux immeubles sont réelles, on entend qu'elles régissent les biens, alors même qu'il ne s'agirait que d'intérêts privés, l'article 3 du code Napoléon ne distingue pas ; pour mieux dire, placé dans un code qui ne traite que du droit privé, il ne comprend que les relations des particuliers entre eux, il est étranger aux rapports des particuliers avec l'Etat. La question doit donc être posée en ces termes : Pourquoi la loi du lieu où les immeubles sont situés en règle-t-elle la disposition, alors qu'il ne s'agit que d'intérêts privés? Portalis répond que c'est une conséquence de l'indivisibilité de la puissance souveraine. Il est de l'essence de la souveraineté d'être indivisible ; elle doit s'étendre sur tout le territoire, comme elle s'étend sur toutes les personnes qui l'habitent. La souveraineté

ne serait plus entière, elle serait divisée, si une partie du territoire était soumise à des lois étrangères. Puisque l'ensemble des immeubles forme le territoire public d'un peuple, il faut qu'ils soient régis *exclusivement* par les lois de ce peuple, alors même qu'une partie des immeubles seraient possédés par des étrangers. En un mot la réalité des lois concernant les immeubles est une émanation de la souveraineté; les particuliers qui possèdent des immeubles ne peuvent pas opposer au législateur leur qualité d'étrangers, et demander que leurs biens soient régis par leur loi personnelle; car il en résulterait qu'une partie du territoire serait soumise à une loi étrangère; donc la souveraineté ne serait plus entière, elle serait divisée, or il est de son essence d'être indivisible; pour qu'elle soit entière, il faut que tout le territoire, c'est-à-dire tous les immeubles soient régis par un seul souverain, celui du territoire (1).

137. L'argumentation de Portalis est très faible. Le code Napoléon consacre la doctrine traditionnelle des statuts; il distingue les lois qui régissent les immeubles et les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes; les premières sont réelles, les autres personnelles. Pour justifier cette distinction, il faut établir que les lois relatives aux immeubles s'étendent par leur nature sur tout le territoire et sont en même temps limitées à ce territoire, à la différence des lois concernant l'état et la capacité des personnes, lesquelles par leur nature sont attachées à la personne et la suivent partout. Est-ce que la théorie de Portalis justifie la différence des statuts par une différence de nature entre les deux ordres de lois? Non, car tout ce qu'il dit des lois réelles, on peut l'appliquer, à la lettre, aux lois qui régissent l'état et la capacité des personnes; de sorte qu'il en faudrait conclure que les lois dites personnelles sont aussi celles du territoire sur lequel les personnes se trouvent, ce qui reviendrait à dire qu'il n'y a point de lois personnelles, que toutes les lois sont réelles.

(1) Portalis, *Second exposé des motifs du titre préliminaire*, nos 14 et 15 (Locré, t. I, p. 304, édition de Bruxelles).

Cependant le code Napoléon admet des statuts personnels. Il y a donc contradiction entre les motifs que Portalis expose, et la doctrine du code que ces motifs sont destinés à justifier. Il importe de le constater; c'est la justification du principe que je suis dans ces Etudes, à savoir, que toutes les lois sont personnelles quand elles concernent des intérêts particuliers; et que les seules lois réelles sont celles qui concernent l'intérêt de la société.

Portalis pose en principe que la souveraineté doit s'étendre sur *tout le territoire*, comme elle s'étend sur *toutes les personnes* qui l'habitent. La souveraineté est donc indivisible quant aux *personnes* et quant aux *biens*; elle l'est surtout quant aux *personnes*, car c'est aux *personnes* que s'adressent ses commandements et ses prohibitions. Il faut, par conséquent, dire des *personnes* ce que Portalis dit des *immeubles* ou du *territoire* : la souveraineté ne serait pas entière, elle serait divisée si une partie des personnes qui habitent le territoire étaient soumises à des lois étrangères. Les étrangers qui s'y trouvent doivent être régis par la loi française aussi bien que les nationaux, et ils doivent y être soumis *exclusivement*; dès lors ils ne peuvent invoquer leur loi nationale quand il s'agit de leur état et de leur capacité. En effet, toute loi est une émanation de la souveraineté; partant il ne peut y avoir qu'une loi dans un pays, celle qui émane de la puissance souveraine. Dire que chaque étranger sera régi, quant à son état et sa capacité, par sa loi nationale, ce serait dire qu'il y a dans un Etat autant de lois, autant de souverainetés qu'il s'y trouve d'étrangers appartenant à des nations différentes : la souveraineté, au lieu d'être entière, serait brisée. Donc il ne saurait y avoir de statuts personnels. Cependant il y en a; ils sont écrits dans le code pour les Français, et, dit Merlin, il en résulte à l'évidence que les étrangers aussi ont leur statut. Il y a, par conséquent, en France autant de lois personnelles qu'il y a d'étrangers de nations différentes. Est-ce à dire que la souveraineté française n'est plus entière, qu'elle est divisée, qu'elle n'existe plus? C'est la conclusion qu'il faudrait tirer de la théorie de Portalis. Or, la conclusion est fausse, d'après

le texte même du code ; personne ne songe à dire que la souveraineté de la France est brisée, parce que la majorité des Prussiens qui s'y trouvent est régie par la loi prussienne. Et si la souveraineté reste entière, bien que les étrangers soient régis par leur loi nationale pour ce qui concerne leur état et leur capacité, pourquoi serait-elle brisée si leurs biens étaient régis également par leur loi personnelle? Est-ce que les biens, par hasard, auraient plus d'importance pour la puissance souveraine que les personnes? D'ailleurs le statut personnel réagit sur les biens, les biens que le mineur étranger possède en France sont aussi régis par la loi étrangère ; donc, d'après Portalis, il faudrait dire que la souveraineté territoriale est brisée, et qu'elle l'est par l'article même qui consacre la souveraineté territoriale appliquée aux statuts. Je conclus qu'au point de vue de la souveraineté, il n'y a point de différence de nature entre les lois qui régissent les immeubles et les lois qui régissent l'état des personnes, et que si l'on applique aux étrangers leur loi nationale en ce qui concerne l'état, on peut aussi leur appliquer la loi nationale en ce qui concerne les biens, sans que la souveraineté soit brisée.

138. Si l'on admet la théorie de Portalis, on aboutit logiquement à nier le statut personnel. C'est ce que Fœlix va nous dire (1). Il avoue que le statut réel repose sur le principe de la souveraineté territoriale; la réalité des lois qui régissent les immeubles n'a point d'autre fondement. Or, la souveraineté s'étend aux personnes comme aux biens; il en faut conclure que les lois qui régissent les personnes sont aussi celles du territoire ou les personnes se trouvent. Fœlix le reconnaît : s'il admet le statut personnel pour l'état et la capacité, c'est à titre d'exception, et cette exception est fondée sur le consentement tacite des nations, c'est-à-dire sur la courtoisie internationale. Or, la courtoisie n'est pas un droit, elle dépend du bon vouloir de chaque État. En droit strict, les lois sont

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 117 et suiv., nos 57 et 58 (de la 4e édition).

réelles. Fœlix en conclut que la réalité des lois est la règle, et que la personnalité est une exception qui doit être limitée au statut de l'état et de la capacité. Les Anglo-Américain sont plus conséquents : ils nient le statut personnel, ou s'ils l'admettent, c'est quand ils y ont un intérêt, or l'intérêt n'est pas un principe. Il s'ensuit que toute loi est réelle. C'est la maxime que l'on suivait sous le régime féodal : toute coutume était réputée réelle, et l'on entendait par là que les coutumes étaient souveraines, ce qui excluait toute action d'une coutume étrangère, expression d'une autre souveraineté. La logique et l'histoire nous ramènent donc au moyen âge. Fœlix l'avoue, mais il ne voit pas le lien intime qui existe entre le statut réel et le droit féodal; il semble croire que l'on peut et que l'on doit maintenir la réalité des lois quoique la féodalité se soit écroulée. Non, la souveraineté territoriale, qui est l'unique base du statut réel, est un legs du régime féodal, et elle doit tomber avec le principe qui lui sert de fondement. Ce n'est pas à dire que la souveraineté doive disparaître, mais elle se modifiera, pour mieux dire, elle s'est déjà modifiée, et cette transformation exercera une influence décisive sur la doctrine traditionnelle des statuts, laquelle se transformera également. La puissance souveraine a pour mission de veiller aux intérêts généraux de la société; dans ces limites, son action s'étend sur les personnes et les choses, sans qu'on puisse lui opposer aucune loi étrangère. Mais elle abandonne à la libre activité des individus tout ce qui concerne leurs droits privés; elle n'a ni intérêt ni qualité pour y intervenir, ni par conséquent pour s'opposer à l'application des lois étrangères; elle admet, au contraire, ces lois comme expression de la personnalité des hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent, et elle prépare ainsi l'avénement de la communauté de droit, qui réalisera l'unité humaine, dans la sphère des intérêts privés.

On voit que les principes fondamentaux du droit civil international sont engagés dans ce débat. Je dois m'y arrêter et considérer la question sous toutes ses faces; il y a bien des préjugés à combattre, bien des erreurs à rec-

tifier. Non pas que tout soit faux dans la doctrine traditionnelle. Si l'humanité ne possède pas et ne possédera jamais la vérité absolue, par contre l'erreur absolue ne règne jamais dans le monde. L'homme est imparfait, mais perfectible, et il avance progressivement vers la vérité, sous la main de Dieu. Il y a toujours une vérité, même dans ses erreurs; ce qu'il y a d'erroné se dissipe, ce qu'il y a de vrai se développe. Cela nous permet de donner satisfaction aux partisans du passé, et de concilier des principes qui paraissent contraires. C'est à cette condition que l'unité pourra s'établir dans notre science, et celle-ci n'existera dans toute sa splendeur que lorsqu'elle sera arrivée à l'unité.

139. La théorie de la souveraineté, telle que Portalis l'expose, remonte au moyen âge : c'est la souveraineté territoriale s'étendant sur les personnes et les choses qui se trouvent sur le territoire. Le principe découle de la féodalité; ce qui la caractérise, c'est que la terre donne la puissance souveraine aux possesseurs du sol : chaque baron, dit Beaumanoir, est roi dans sa baronnie (1). De là exclusion de toute souveraineté étrangère : comment une terre étrangère pourrait-elle être souveraine hors du lieu où elle est située? Dans cet ordre d'idées, l'étranger ne peut jamais invoquer une loi qui lui serait personnelle; il n'y a point de lois personnelles, il n'y a que des lois territoriales; or, celui qui met le pied sur un territoire est par cela même soumis à la loi qui gouverne le sol, pour mieux dire, à la loi du sol, puisque c'est la terre qui est souveraine : la terre absorbe l'homme.

Le principe de la souveraineté territoriale survécut à la féodalité politique; les rois qui prirent la place des grands vassaux avaient intérêt à maintenir une doctrine qui leur donnait un empire absolu sur les personnes et les choses; et les légistes, on le sait, prirent parti pour le pouvoir absolu contre la féodalité, parce que la féodalité contrariait en tout le droit romain, qui pour eux était la raison écrite. De là ce préjugé que l'on rencontre partout

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité* (t. VII, la Féodalité et l'Église).

que la souveraineté est illimitée, absolue; c'était dépasser le régime féodal, pour aboutir au césarisme de l'Empire. Les auteurs qui écrivirent sur le droit naturel et sur le droit des gens s'y tromperent comme tout le monde. Les conséquences qu'ils en déduisirent sont si choquantes, qu'elles auraient dû leur prouver la fausseté du principe d'où elles découlent. L'Etat ne doit rien aux étrangers; il peut les exclure de son territoire, et s'il les reçoit, il peut ne leur reconnaître aucun droit (1). Telle était aussi la doctrine des legistes qui avaient une prédilection pour la réalité des coutumes : c'est le droit *mordicus*, comme Voet l'appelle (2). La puissance des préjugés traditionnels sur l'esprit des légistes est si grande, que, même après la révolution de 1789, l'on entendit Portalis déclarer devant le corps legislatif : « La souveraineté est tout, ou elle n'est rien (3). » Peut-être faudrait-il dire que la Révolution ne fit que déplacer la souveraineté, sans rien changer à sa nature; la puissance souveraine passa des rois aux nations, mais elle conserva son caractère absolu. La doctrine est aussi funeste que fausse : Napoléon s'en prévalut, comme organe du peuple souverain, et elle légitime tous les despotismes.

140. La vieille doctrine est abandonnée, au moins dans le domaine de la théorie (4). L'idée de souveraineté a changé complètement. Loin d'être absolue, illimitée, la puissance souveraine n'est qu'une mission, c'est-à-dire un devoir. Si le souverain a des droits, c'est comme organe de la société et parce que celui qui a des devoirs doit avoir les moyens de les remplir. La question ne doit donc plus être posée comme elle l'était jadis : Quel est le pouvoir

(1) Les témoignages abondent. Je me borne à renvoyer aux jurisconsultes anglo-américains qui se distinguent par leur esprit libéral, et qui restent néanmoins imbus de la fausse notion de la souveraineté Story, *Conflict of laws*, § 541, p. 683 de la 7e édition, Wharton, *Private international law*, § 123, p. 112; Phillimore, *International law*, t. IV, p. 2 (cite en note le passage d'un auteur anglais, publié en 1832)

(2) Voet, *Ad Pandectas*, tit IV, pars II, no 1, (t. 1 p. 38)

(3) Exposé des motifs du titre préliminaire (Locré t. I, p. 261, no 25)

(4) Je me borne à citer l'auteur le plus récent et le plus autorisé qui a écrit sur le droit international, Bluntschli, le célèbre publiciste de Heidelberg (*Das moderne Völkerrecht*, §§ 65 et 66, p. 68, de la 3e édition).

du souverain? S'étend-il sur toutes les choses et sur toutes les personnes? Il faut demander si la société a une puissance absolue. La célèbre déclaration de 1789 a répondu que l'homme a des droits que la societé ne peut lui enlever et qui, par cette raison, sont inaliénables et imprescriptibles. Cette notion nouvelle de la souveraineté, appliquée au droit international, est destinée à le transformer. La mission de l'Etat, comme organe de la puissance souveraine, a en vue, non les choses, mais les personnes. Celles-ci ont leurs droits, comme la société a les siens. Les droits des individus, en tant qu'ils concernent leurs personnes et leurs biens, sont des facultés qui leur sont nécessaires pour leur vie physique, intellectuelle et morale. Le but étant identique pour tous les hommes, les facultés légales qui leur appartiennent doivent aussi être les mêmes. Il est vrai qu'elles sont réglées par des lois différentes à raison de la division du genre humain en nations indépendantes. Mais la diversité de lois n'a aucune influence sur les droits qu'elles règlent; ces droits restent ce qu'ils sont par leur essence, des facultes naturelles; l'homme en doit donc jouir partout, telles qu'elles sont réglées par les lois de sa nation. De son côté, la société a ses droits, et elle a, avant tout, le droit, qui est aussi un devoir, de se conserver. Ce droit domine les droits des individus; car les droits des individus n'auraient plus aucune garantie; pour mieux dire, ils seraient inefficaces et dérisoires si la société n'existait pas. Donc, dans le conflit des lois étrangères avec les lois d'intérêt public, la loi privée doit céder à la loi publique. Cette théorie de la souveraineté sauvegarde pleinement les droits de la puissance souveraine, tout en respectant les droits des individus. La puissance souveraine n'a ni mission, ni qualité d'intervenir dans les intérêts privés, elle se borne à les garantir : c'est le domaine de la souveraineté individuelle. Qu'importe à l'Etat que les individus, nationaux ou étrangers, soient régis par une loi étrangère, quand il ne s'agit que d'intérêts privés? Cela ne regarde pas sa mission, donc la souveraineté est hors de cause. Mais dès qu'il y a un droit social en jeu, l'individu ne peut plus

invoquer sa loi personnelle : ici est le domaine de la souveraineté, devant laquelle tout doit plier.

141. Mais la souveraineté a sa sphère et ses limites. La théorie que Portalis a exposée implique que la puissance souveraine a intérêt à ce que toutes les lois reçoivent leur application à toutes les personnes qui se trouvent sur son territoire et à tous les biens qui y sont situés : tel était le sens de la maxime féodale, que toute coutume est réelle, c'est-à-dire souveraine. C'est une erreur, et je puis affirmer qu'elle est évidente, puisque le code Napoléon lui même le prouve. D'abord, il n'est pas exact de dire que toute loi ait pour objet direct un intérêt social. Il y a des lois qui ne sont pas même obligatoires pour les citoyens, en ce sens qu'ils peuvent y déroger par des conventions particulières; l'article 6 du code civil le dit implicitement, et l'article 1387 le dit en termes formels : ce sont les lois nombreuses qui régissent les contrats. Si le législateur a codifié ces règles, ce n'est pas pour les imposer aux parties contractantes; il leur laisse, au contraire, pleine liberté de régler leurs intérêts comme elles le jugent à propos : c'est l'expression de l'article 1387. Les particuliers peuvent déroger à ces lois, parce que les parties intéressées sont les meilleurs juges de ce qu'il leur convient de faire. Il y a plus : alors même qu'une loi est d'ordre public, comme le dit l'article 6 du code Napoléon, il n'est pas de son essence qu'elle régisse toutes les personnes et toutes les choses qui se trouvent sur le territoire. Je citerai les lois qui règlent l'état des personnes et leur capacité; elles sont d'ordre public, dans le sens de l'article 6 du code civil; mais à l'égard de qui? A l'égard des membres de l'Etat, pour les nationaux. Quant aux étrangers, le législateur n'a ni mission, ni qualité pour déterminer leur état et leur capacité. L'article 3 le dit implicitement, et le fait est considérable, car il réagit sur les immeubles : les biens appartenant aux étrangers incapables ne sont pas régis par la loi de leur situation, quand même ces personnes habiteraient le territoire, ils sont soumis à la loi étrangère, quand la capacité du propriétaire est en jeu. Ainsi une partie du territoire et une partie des habi-

tants sont régis par la loi étrangère. En résultera-t-il que la souveraineté soit démembrée, brisée? Non, certes; la puissance souveraine est hors de cause, puisqu'il ne s'agit que d'intérêts privés. Que faut-il donc pour qu'une loi étende son empire sur les étrangers et sur leurs biens? Il faut que l'Etat y ait un intérêt et un droit; l'intérêt ne peut être qu'un intérêt de conservation; de là naît un droit pour la société, car se conserver est plus qu'un intérêt, c'est un droit et un devoir. Dans ce cas, la puissance souveraine l'emporte, car le droit de la société domine les droits des individus, de même que l'intérêt général domine l'intérêt individuel.

Ainsi la souveraineté conserve une action prépondérante sur les personnes et sur les choses, dans tous les cas où un droit social est engagé dans le débat. Et dans ces cas, il est vrai de dire que la puissance souveraine est indivisible, ou, si l'on veut, absolue, illimitée. Mais elle est divisible, c'est-à-dire limitée, restreinte, en ce sens qu'elle ne s'étend pas nécessairement à toutes les personnes et à toutes les choses qui se trouvent sur le territoire. Je viens de citer les lois qui règlent l'état des personnes et, par voie de conséquence, les immeubles qui leur appartiennent; plus loin, je citerai les meubles, puis les successions soit mobilières, soit immobilières. Voilà beaucoup de lois personnelles ou nationales qui coexistent dans un seul et même territoire, avec la loi territoriale, sans qu'il en résulte une division de la souveraineté, parce que la souveraineté est hors du débat. Mais si la puissance souveraine est en cause, elle exerce son empire sur les personnes et sur les choses; ce qui arrive dans tous les cas où un droit social est en conflit avec un droit individuel.

L'erreur de la théorie que je combats consiste à étendre la puissance souveraine à des rapports juridiques qui n'intéressent point la souveraineté. Elle date d'une époque où les individus étaient sans droit en face de l'Etat; l'Etat était tout, l'individu n'était rien. La doctrine moderne n'admet plus la domination absolue de la souveraineté et de la loi qui en est l'expression. A côté de la souveraineté

des nations, nous reconnaissons la souveraineté des individus ; l'une ne doit pas absorber ni détruire l'autre; sinon l'on aboutit au socialisme qui détruit toute énergie individuelle, et par suite le principe même de la vie, ou à l'individualisme qui dissout le lien social. Il faut concilier les deux principes, le droit de l'individu et le droit de la société : l'un est aussi sacré que l'autre.

142. Portalis, en déclarant que la souveraineté doit tout embrasser, n'a pas réfléchi que le code Napoléon lui-même rejette cette doctrine. En effet, il consacre le statut personnel de l'étranger ; il le soustrait, par conséquent, à l'empire de la loi territoriale pour tout ce qui concerne son état et sa capacité. Cela n'empêche pas la puissance souveraine d'être une et indivisible. Pourquoi ? Parce qu'elle étend son empire un et indivisible sur tout ce qui concerne l'état des citoyens, et c'est l'état des citoyens qui seul l'intéresse. La souveraineté reste donc entière, quoiqu'il y ait des personnes qui en sont exemptes, pour ce qui concerne leurs rapports d'état personnel. S'il en est ainsi pour les personnes, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les choses ? Est-ce que, par hasard, les choses auraient plus de prix aux yeux du législateur que les personnes ? Non, certes ; la souveraineté s'adresse directement aux hommes : les personnes sont le principal, les biens sont l'accessoire. Eh bien, si la loi étrangère régit les étrangers, sans que la souveraineté territoriale en souffre, pourquoi ne régirait-elle pas aussi leurs biens ? Peut-il y avoir une autre loi pour l'accessoire que pour le principal ? La souveraineté n'en sera pas diminuée ; elle l'est moins, en tout cas, pour les biens que pour les personnes, car elle doit tenir à son empire sur les âmes beaucoup plus qu'à son action sur les choses. Disons mieux : la souveraineté n'est pas plus altérée dans un cas que dans l'autre, car elle conserve l'autorité qu'elle doit avoir sur les personnes et sur les choses, pour remplir sa mission.

143. Les objections ne manqueront pas ; je vais essayer d'y répondre d'avance. On invoquera, contre la personnalité des statuts immobiliers, l'autorité du droit allemand et surtout du code italien qui donnent le plus au

principe de personnalité. Je transcris d'abord l'article 7 de ce code : « Les biens *meubles* sont soumis à la loi de la nation de leur propriétaire, sauf dispositions contraires dans la loi du pays où ils se trouvent. Les *immeubles* sont soumis à loi du lieu de leur situation. » C'est la doctrine traditionnelle. Je laisse, pour le moment, les *meubles* de côté, pour y revenir. Quant aux *immeubles*, la réalité du statut qui les concerne a toujours été admise : c'est la puissance de la tradition qui a entraîné le législateur italien. Mancini le dit dans son *Rapport à l'Institut du Droit international* (1). « La propriété immobilière est restée soumise à la loi territoriale de la situation, ce qui révèle encore la trace profonde de la *tradition antérieure* et de la prépondérance *privilégiée* et *arbitraire* accordée aux *immeubles*. » C'est sur la proposition de Mancini que les dispositions concernant le droit international privé ont été insérées dans le code italien ; mais on voit que l'article 7 lui a été imposé par les partisans du droit traditionnel. Il dit que la *réalité* du *statut des immeubles* est un *privilége*. Ce privilége a-t-il une raison d'être ? Non, dit Mancini, c'est une prépondérance *arbitraire*. Quel en est donc le fondement ? Il n'y en a pas d'autre que la *tradition*. Une tradition qui se compte par siècles exerce une immense influence sur les hommes de loi. Les légistes italiens n'ont pas réfléchi qu'eux-mêmes désertaient une tradition séculaire en déclarant personnel le statut des successions immobilières. Ce point est essentiel. Il tranche, à mon avis, la question. L'objection que l'on puise dans le droit allemand et dans le code italien se tourne contre l'autorité que l'on m'oppose, et elle témoigne en ma faveur.

Les jurisconsultes allemands et le code italien s'accordent en ce point : les successions déférées aux étrangers sont régies par leur loi personnelle ou nationale, sans distinguer, comme on le fait généralement, entre les immeubles et les meubles. En ce point, le code italien s'est écarté de la tradition pour consacrer l'innovation que le droit allemand a admise au siècle dernier. A vrai dire,

(1) *Journal du droit international privé*, t. I, p. 301.

le statut des successions a toujours été l'application la plus importante du statut réel ; répudier la conséquence, c'est déserter le principe. Si des universalités d'immeubles, comprenant une masse considérable de biens, sont régies par la loi étrangère sans que la souveraineté soit divisée ni altérée, il n'y a pas de raison de maintenir le principe de la realité pour des immeubles déterminés : logiquement il faut dire que la conséquence étant abandonnée, le principe n'a plus de raison d'être. Le législateur italien, fidèle à sa mission, a consacré, en matière de successions, une doctrine considérée en Allemagne comme faisant partie du droit commun. C'est mettre la hache à l'antique arbre de la féodalité ; le vieux chêne ne résistera pas à ces attaques. La Belgique va reviser son code civil ; elle suivra l'exemple de l'Allemagne et de l'Italie, en soumettant les successions au statut personnel, et si le législateur belge est logique, il étendra le même principe à tous les statuts immobiliers, bien entendu, en tant qu'ils ne règlent que des intérêts privés : la question étant identique, on ne conçoit pas qu'il y ait des décisions différentes pour le statut des successions et pour le statut des immeubles, les deux statuts n'en formant réellement qu'un seul. La tradition, bien que séculaire, ne saurait arrêter la logique des idées ; elle y pousse, au contraire. Au moyen âge, la réalité avait sa raison d'être ; les immeubles constituent le sol ; or, dans le système féodal, la terre est souveraine, et elle donne la souveraineté à celui qui la possède, ce qui exclut toute souveraineté étrangère. Mais la féodalité est loin de nous ; il va y avoir un siècle qu'elle a été détruite jusque dans ses racines ; la célèbre nuit du 4 août 1789 ouvre une ère nouvelle. Il reste à tirer les conséquences qui découlent de l'ordre de choses inauguré par la Révolution. C'est ce que le législateur italien a fait. A la maxime féodale que toutes coutumes sont réelles, il a substitué la règle que les lois sont personnelles et nationales. Mais il n'est pas allé jusqu'au bout. Logiquement, le nouveau principe aurait dû être appliqué aux immeubles ; les légistes ont reculé, leur inconséquence témoigne contre l'exception qu'ils ont main-

tenue à un principe qui est universel de sa nature : tout statut est personnel quand il ne concerne que des intérêts privés.

144. J'ajoute que le statut est réel quand il concerne des intérêts sociaux. Ici est le lien entre les deux systèmes qui paraissent contraires, la réalité et la personnalité des statuts immobiliers ; ils ne sont pas aussi opposés qu'à première vue on est tenté de le croire. Si la doctrine et la législation sont restées attachées à la réalité des statuts immobiliers, c'est qu'elles se préoccupent des applications du principe plutôt que du principe. Les lois concernant les immeubles sont souvent d'intérêt social, et il va sans dire que, dans ce cas, elles forment un statut réel. Je prends comme exemple le régime hypothécaire; ce régime est d'intérêt social, il touche aux plus graves problèmes du crédit public et de l'agriculture; selon qu'il est bien ou mal organisé, il favorise ou il arrête le développement de la richesse privée et publique ; or, la richesse est un instrument de progrès et de civilisation, si elle est employée, comme elle doit l'être, au perfectionnement intellectuel et moral. De là suit que les lois qui régissent les hypothèques obligent les étrangers ; ils ne pourraient pas invoquer contre le régime hypothécaire belge leur loi personnelle ou nationale (1). D'après notre loi hypothécaire, les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques ; la loi anglaise admet, au contraire, qu'un navire peut être hypothéqué ; si le navire se trouvait dans un port belge, le créancier ne pourrait pas exercer son droit hypothécaire en Belgique, quand même il aurait obtenu un jugement déclaré exécutoire par nos tribunaux (2).

Est-ce à dire que toutes les dispositions de notre régime hypothécaire forment un statut réel ? Il faut répondre en faisant la distinction qui domine cette matière. Les dispositions qui tiennent à l'intérêt public sont réelles, et c'est le plus grand nombre; puisque le régime est organisé dans un intérêt social. Toutefois, il y a des règles qui ne

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXX, p. 165, n° 187.
(2) Cela a été jugé ainsi, comme je le dirai dans la suite de ces Études.

concernent que les convenances des parties contractantes ; elles forment un statut personnel, comme tout ce qui a rapport aux conventions. Tel est le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque ; il est fondé sur l'intention présumée des parties contractantes ; mais les parties sont libres d'avoir une intention contraire ; la loi ne leur impose pas l'indivisibilité ; elle suppose seulement que les contractants la veulent, puisque le créancier y est intéressé, sauf à lui à renoncer à cette garantie s'il la trouve inutile. Le statut de l'indivisibilité est donc personnel ; pour mieux dire, il dépend de la volonté des parties.

Il y a une autre disposition de notre loi hypothécaire qui forme un statut personnel, parce qu'elle est établie à raison de l'état des personnes et de l'incapacité qui en résulte. L'hypothèque légale des femmes et des mineurs est un statut personnel. Cela est dit dans le rapport de la commission du sénat, et cela n'est pas douteux (1) ; les garanties hypothécaires des mineurs et des femmes mariées leur sont accordées à raison de leur incapacité ; elles forment par cela même un statut personnel. C'est donc la loi étrangère qui determinera les garanties auxquelles le mineur et la femme mariée ont droit ; si elle ne leur accorde pas d'hypothèque légale, ils ne pourront pas prendre inscription sur les biens que le tuteur et le mari possèdent en Belgique. Le principe du statut personnel n'est pas sans inconvénient ; j'y reviendrai, dans la partie spéciale de ces Etudes.

Enfin, il y a, en matière d'hypothèques, des dispositions qui n'appartiennent ni au statut personnel, ni au statut réel ; ce sont celles qui règlent les formes de l'authenticité. La loi belge exige, en principe, des écrits authentiques pour la transmission des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, ainsi que pour l'existence des priviléges immobiliers et des hypothèques. Ces actes peuvent être reçus en pays étranger ; mais il doivent l'être dans les formes prescrites par loi du lieu où ils sont

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 181, n° 116, et t. XXX, p. 230, n° 253.

dressés, pour qu'ils aient le caractère d'authenticité. C'est l'application du principe *Locus regit actum*, et la loi des formes n'est ni réelle ni personnelle, dans le sens de la doctrine traditionnelle des statuts.

On voit par l'exemple du régime hypothécaire que le code Napoléon et le code italien ont tort de poser comme règle générale et absolue que les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation. Le régime hypothécaire concerne exclusivement les immeubles, cependant il ne forme pas toujours un statut réel. Le statut, quoique relatif à un droit réel immobilier, peut être personnel, et il l'est dès qu'il n'y a pas d'intérêt social en cause. Ce que je dis du régime hypothécaire s'applique à toute la législation immobilière; dès que l'intérêt social est en jeu dans un fait juridique, la loi est réelle; mais s'il ne s'agit que d'un intérêt privé, la loi territoriale n'a plus ni intérêt ni mission d'intervenir, donc le statut sera personnel.

Il résulte encore une autre conséquence de ce que je viens de dire du régime hypothécaire. La réalité des statuts immobiliers a pour unique fondement les droits de la puissance souveraine, laquelle, dit-on, doit s'étendre à toutes les parties du territoire, sous peine d'être divisée et morcelée. Or, il se trouve que, dans la matière des hypothèques, essentiellement immobilière, ce n'est pas toujours la loi territoriale qui reçoit son application, ce peut être la volonté des parties, ce peut être la loi personnelle du créancier incapable, ce peut être la loi du lieu où l'acte est passé. Cela prouve que ce n'est pas l'immeuble qui détermine le statut, c'est la nature du fait juridique. Cela prouve encore que la souveraineté n'est pas engagée dans un débat, par cela seul que le statut est immobilier. Enfin, cela prouve que satisfaction entière est donnée aux partisans de la souveraineté : on n'a pas encore accusé notre régime hypothécaire de porter atteinte aux droits de la puissance souveraine, bien que des lois autres que celles du territoire y interviennent; elles interviennent là où la souveraineté n'est pas en cause; elles n'interviennent pas, là où il ne s'agit que d'intérêts privés. Cela concilie, me

semble-t-il, les doctrines qui paraissaient ennemies : il est donné satisfaction à la réalité en assurant à la loi territoriale son empire un et indivisible quand il s'agit des droits de la société, et il est tenu compte de la personnalité en admettant le statut personnel dans toutes les relations d'intérêt privé.

145. J'ai contre moi, en apparence, tous les auteurs, même ceux qui donnent le plus à la personnalité. Les partisans de la doctrine traditionnelle diront que j'étends aux *biens* le principe de la personnalité que l'on n'a jamais appliqué qu'à l'*état* et à la *capacité* des *personnes*. Je réponds d'abord qu'il n'est pas exact de dire que le *statut* appelé *personnel* s'applique *exclusivement* aux *personnes*. Déjà les anciens légistes enseignaient que, par voie de conséquence, les statuts personnels recevaient leur application aux biens : le mineur, la femme mariée ne peuvent disposer de leurs immeubles situés à l'étranger qu'en observant les conditions requises par leur statut personnel ou national (1). Cette extension, vivement controversée jadis, est aujourd'hui généralement admise : le texte même du code Napoléon est conçu en ce sens. Je renvoie à ce qui a été dit sur le statut personnel (2). Il y a donc des *immeubles* régis par le statut *personnel*. Cela révoltait les réalistes, partisans de la souveraineté territoriale, absolue, indivisible ; c'était porter atteinte, selon eux, à la puissance souveraine que de soumettre des immeubles du territoire à une loi étrangère. L'objection, décisive au point de vue de l'ancienne souveraineté, n'a plus de valeur dans la doctrine moderne. Ce point est décisif dans notre débat. Si les immeubles sont soumis à une autre loi que celles du territoire quand il s'agit d'un statut personnel, sans que la souveraineté en soit atteinte ; il n'y a plus de raison pour ne pas appliquer le même principe aux lois qui concernent les biens. Le motif de décider est le même ; c'est que l'intérêt général n'est pas en jeu, et dès qu'il ne s'agit que d'intérêts privés, c'est le statut national de la personne qui doit être appliqué.

(1) Voyez l'Introduction historique de ces *Études*.
(2) Voyez le tome Ier de ces Études, nos 307-309.

J'ai une autre réponse à faire à l'objection, en la rétorquant contre les partisans de la réalité du statut immobilier. Pourquoi, dans l'ancienne doctrine, admettait-on que certaines lois, celles qui régissent l'état et la capacité, sont inhérentes à la personne, et n'en peuvent être détachées? C'est parce que ces lois sont l'expression de la personnalité humaine, c'est-à-dire de la personnalité telle qu'elle est déterminée par l'élément de race ou de nationalité. Ce caractère est plus saillant dans les lois d'état et de capacité, mais il se trouve à un degré quelconque dans toutes les lois. Plus une nationalité est caractérisée, plus les lois seront nationales. Il en était ainsi du droit civil de Rome, les Romains ne comprenaient pas que le droit qui leur était propre fût communiqué à d'autres peuples. Toutes les lois sont l'expression des sentiments, des idées, souvent des préjugés de la nation qui les fait ; donc elles tiennent à ce qu'il y a de plus intime dans notre être, elles sont une face de notre vie, elles font partie de notre sang ; elles ne sauraient être détachées de notre personnalité, parce qu'elles s'identifient avec nous. En ce sens, toutes les lois sont personnelles, et nous suivent partout dans nos relations privées. La souveraineté que la tradition avait tant à cœur n'en sera pas altérée, puisque nous supposons qu'il n'y a aucun intérêt social en jeu, donc, d'après la tradition même, il faut décider que les lois concernant les immeubles sont personnelles, car la réalité n'avait d'autre fondement que la souveraineté. Dire qu'un statut est réel, c'était dire qu'il est souverain, parce que la souveraineté est intéressée à ce qu'il le soit; donc, quand la souveraineté est hors de cause, le statut est par cela même personnel. Le vrai fondement de la personnalité des statuts est que l'intérêt privé y domine; donc, tout statut d'intérêt privé est personnel.

146. J'invoque le code Napoléon lui-même contre la réalité des statuts immobiliers. En disant que les *immeubles*, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, l'article 3 dit implicitement que les *meubles* possédés par les étrangers sont régis par la loi personnelle de celui à qui ils appartiennent. Telle

était, en effet, la tradition, comme je le dirai plus loin, les auteurs du code l'ont consacrée implicitement. Il n'y a guère de doute sur ce point; je l'ai déjà prouvé en traitant du statut des successions, et j'y reviendrai encore. L'ancien droit soumettait les meubles à la loi de la personne; c'était une conséquence du peu de prix qu'il attachait aux objets mobiliers. On connaît le dicton populaire: *Vilis mobilium possessio*. De là découlait une série de conséquences que les auteurs du code Napoléon ont reproduites, sans réfléchir que l'état économique de la société s'était complètement modifié. Il en est ainsi notamment du statut des meubles. Si l'ancien droit le considérait comme personnel, c'est qu'il importait peu que des choses *viles* fussent régies par une loi étrangère. La puissance souveraine s'étendait sur les immeubles : cela lui suffisait; car ce sont les immeubles et non les meubles qui constituent le territoire; or, la réalité des statuts était une conséquence de la souveraineté territoriale; donc, il n'y avait aucune raison de déclarer réels les statuts relatifs aux meubles. Les coutumes disaient que les meubles suivent le corps; c'était dire qu'ils servent à l'usage de la personne; il était donc naturel d'en faire une dependance de la personne, et partant du statut personnel.

L'article 3 consacre implicitement la tradition. Je dis que la distinction entre les meubles et les immeubles ruine la doctrine traditionnelle des statuts réels que le code Napoléon a reproduite, ainsi que le code italien. En effet, on peut appliquer aux *meubles* ce que Portalis a dit pour justifier la réalité du statut *immobilier*. Il dit d'abord que le souverain a le *domaine éminent*, et il est d'évidence que ce domaine comprend les valeurs mobilières aussi bien que les immeubles. Puis, l'orateur du gouvernement ajoute que la *souveraineté* est *indivisible*, qu'elle s'étend sur toutes les personnes et, partant, sur tous les biens. Ici il insiste sur la nature des immeubles qui constituent le territoire; mais si les meubles ne constituent pas le sol, toujours est-il qu'ils se trouvent sur le territoire, comme les personnes s'y trouvent; donc, ils doivent être soumis à la puissance souveraine territoriale, sinon la souverai-

neté ne serait plus entière. Vainement dit-on que les meubles n'ont pas de situation, cela est une pure fiction, et la fiction n'empêche point la puissance souveraine d'étendre son empire sur les meubles qui sont placés sous sa main; et si c'est une loi étrangère, partant un souverain étranger qui les régit, la souveraineté territoriale ne sera plus entière, elle sera brisée, c'est-à-dire que la puissance souveraine cessera d'être souveraine.

La doctrine traditionnelle, maintenue par le code Napoléon, est donc illogique, et l'inconséquence témoigne contre le principe sur lequel elle se fonde. C'est la souveraineté, indivisible, absolue, qui est le fondement du statut réel. Si le principe est vrai, il faut l'appliquer aux meubles comme aux immeubles; partant toute loi relative aux biens sera réelle. Les réalistes eux-mêmes ont reculé devant cette conséquence; par des motifs d'utilité, de convenance internationale, ils ont soustrait les meubles à l'action de la souveraineté territoriale. Mais si les meubles peuvent être soumis à une loi étrangère, sans que la puissance souveraine en soit altérée, il en doit être de même des immeubles. Quoi! la souveraineté est intéressée à ce qu'un coin de terre soit régi par la loi territoriale, et elle ne serait pas intéressée à ce que les actions des chemins de fer, s'élevant à des milliards, soient soumises au souverain du territoire. Cependant, de fait, ces immenses valeurs dépendent de la loi personnelle des actionnaires. Est-ce que la puissance souveraine s'en trouve diminuée, amoindrie? Et si la souveraineté reste entière, quoique les lois territoriales ne régissent point les valeurs mobilières, pourquoi serait-elle brisée si des valeurs immobilières étaient régies par la loi nationale du propriétaire? Le droit et le fait s'unissent donc pour prouver l'inanité de la distinction que la tradition a transmise au code Napoléon, et que le code italien a eu tort de reproduire : la personnalité du statut mobilier prouve que le statut immobilier n'est pas réel de son essence. Ce que l'ancien droit a fait pour les meubles, le législateur moderne peut le faire pour les immeubles, sans porter atteinte à la souveraineté; car dès que la puissance sou-

veraine est en cause, elle domine toute espèce de statuts, ceux qui concernent les biens et ceux qui concernent les personnes.

Si l'on ne maintient pas la distinction entre les meubles et les immeubles, il reste à opter entre deux partis : il faut ou déclarer *réels* tous les statuts concernant les biens, meubles et immeubles, ou les déclarer tous *personnels*. Les motifs mêmes que Portalis a fait valoir pour justifier la réalité des statuts immobiliers témoignent contre le principe traditionnel. Ces motifs se réduisent à un seul : la souveraineté est tout, ou elle n'est rien. Cela était vrai à l'époque où la souveraineté se confondait avec la propriété ; cela était vrai encore à l'époque où la royauté, héritière des grands vassaux, concentra dans ses mains la plénitude de la puissance souveraine. Cela n'est plus vrai aujourd'hui, l'état politique est entièrement transformé, de même que l'état économique ; la terre n'est plus souveraine et, par suite, la souveraineté n'est plus territoriale. La puissance souveraine a cessé d'être absolue, car elle a en face d'elle les citoyens souverains dans leur domaine, et sur le terrain des droits privés il n'y a plus de différence entre l'étranger et le citoyen. Le changement est radical, et il doit entraîner un changement analogue dans la doctrine des statuts. La souveraineté n'est pas intéressée à intervenir dans des rapports purement privés ; donc tout statut d'intérêt privé est personnel. L'empire de la puissance souveraine ne s'étend qu'aux intérêts généraux, et ces intérêts sont pleinement sauvegardés par la règle que tout statut qui concerne un droit social est réel.

147. Le grand argument que l'on m'opposera, c'est l'unanimité des auteurs. Fœlix en cite vingt-neuf en faveur de la réalité des statuts immobiliers, français, allemands, italiens, anglais, américains ; il serait facile de doubler et de tripler ces citations. C'est cette unanimité qui a effrayé le législateur italien, il est donc bon de la réduire à sa juste valeur. Fœlix dit que le statut réel repose sur la souveraineté territoriale. Je ne conteste pas le principe de la souveraineté ; loin de là, c'est une des

règles fondamentales de ces Etudes : toute loi qui concerne l'intérêt de la société, c'est-à-dire l'exercice de la puissance souveraine, est réelle. Les statuts concernant les biens, de même que les statuts relatifs aux personnes ne sont personnels que lorsque l'intérêt de la société n'est pas en cause, quand il s'agit d'intérêts privés auxquels la souveraineté est étrangere. Ainsi je maintiens le principe traditionnel, seulement je le modifie, parce que la notion de la souveraineté s'est modifiée. Il serait très illogique de conserver les conséquences d'un principe traditionnel, alors que ce principe n'a plus la signification qu'il avait dans la tradition. C'est cependant ce qu'ont fait les auteurs cités par Fœlix ; ils sont tous imbus de l'ancienne théorie de la souveraineté absolue, illimitée, indivisible ; ils ne tiennent aucun compte des droits de l'homme, qui lui aussi est souverain dans la sphère des droits individuels. Cet attachement à une tradition même surannée ne doit pas étonner ; tel est le caractère qui distingue les légistes. Toutefois, il finissent par l'abandonner, c'est ce qu'a déjà fait, dans l'ancien droit, un de nos meilleurs jurisconsultes, le président Bouhier. Il importe de le constater, puisqu'il s'agit d'apprécier la tradition.

Fœlix dit que le statut personnel est une exception au principe de la souveraineté territoriale ; il ne reconnaît pas même une valeur juridique à cette exception, il la déduit du consentement tacite des nations, ce qui dans la doctrine traditionnelle veut dire que la personnalité n'a d'autre fondement que la courtoisie internationale. Dès que l'on n'est pas dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle générale ; donc le statut est réel, par cela seul qu'il ne concerne pas l'état des personnes. Fœlix cite comme autorité Boullenois qui exprime la même idée en disant que dans le doute sur la personnalité ou la réalité du statut, on doit décider qu'il est réel. En note, Fœlix ajoute que Boullenois réfute l'opinion contraire de Bouhier (1) ; il faudrait dire que Bouhier s'écarte de la doctrine

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 117, suiv., de la 4e édition

traditionnelle; c'est précisément ce que je veux constater. Pourquoi donne-t-il la préférence à la personnalité? Je renvoie à la partie historique de ces Études, en me bornant à rappeler la maxime d'Accurse, invoquée par Bouhier. « Quand la personne et la chose se trouvent en concurrence, la personne doit régulièrement l'emporter. » Si la personne l'emporte sur la chose, ne faut-il pas présumer que le statut est personnel plutôt que réel? « Cela est d'autant plus convenable, dit Bouhier, que, d'après le sentiment de tous les jurisconsultes, suivis en cela par Dumoulin, les lois sont faites principalement pour les personnes. Ce qui a fait avouer par Mᵉ Froland lui-même que la personne, comme plus noble, doit l'emporter sur les biens, qui ne sont faits que pour elle (1). » Voilà une autre tradition et c'est la bonne. Du moment que la personnalité était reconnue, elle devait l'emporter sur la réalité. Aussi gagnait-elle, tandis que la réalité perdait. Au moment même ou Bouhier enseignait qu'en cas de doute il fallait se prononcer pour la personnalité du statut, les jurisconsultes allemands professaient que le statut des successions était personnel; ce qui ébranlait dans ses fondements la réalité des statuts immobiliers. Si les successions immobilières sont régies par la loi de la personne, pourquoi n'en serait-il pas de même de tous les statuts immobiliers? Le code italien a donné sa sanction aux idées nouvelles en déclarant personnel le statut des successions; s'il maintient la réalité des lois concernant les immeubles, c'est par inconséquence : ce dernier débris de l'ancienne doctrine disparaîtra.

Les raisons mêmes que l'on invoque en faveur de la tradition se tournent contre elle. Fœlix dit que la réalité des statuts trouvait, au moyen âge, une seconde base dans les principes du droit féodal (2). A vrai dire, la réalité est d'origine féodale. La propriété se confondait avec la souveraineté : chaque baron était roi dans sa baronnie, et chacun voulait demeurer maître absolu chez soi. Ce sont

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap XXXVI, nºˢ 1 10 (Œuvres, t. I, p. 819-821).
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 118, nº 58 de la 4ᵉ édition.

les paroles de Bouhier : c'est, dit-il, la source de l'axiome vulgaire de notre droit français que *toutes coutumes sont réelles* (1). Ainsi la réalité que Portalis et Fœlix à sa suite rapportent au principe de la souveraineté territoriale, est un principe de la féodalité, ou, si l'on veut, de la souveraineté, telle qu'on l'entendait sous le régime féodal, et Fœlix lui-même ainsi que les auteurs du code civil sont réalistes en ce sens, sans qu'ils s'en doutent. Je dis qu'ils ne s'en doutent pas. Les réalistes sont, en effet, sous l'empire d'une illusion étrange. Un légiste anglais dit que Fœlix, est revenu à la vraie doctrine de la souveraineté territoriale, que les glossateurs et ensuite les statutaires avaient abandonnée, et il blâme Demangeat, l'annotateur de Fœlix de s'être prononcé en faveur de la personnalité : c'est, dit M. Westlake, rétrograder jusqu'au moyen âge (2). Ce que dit Westlake est, au contraire, le renversement complet de la vérité historique. Fœlix est le représentant de la tradition, et la tradition a pour point de départ la réalité des coutumes, laquelle remonte à la féodalité. En ce sens, Fœlix est un retardataire, comme les auteurs du code Napoléon étaient des traditionnalistes; tandis que Demangeat s'inspire plutôt de la doctrine de la personnalité, laquelle est la doctrine moderne; celle-ci a aussi des précurseurs dans la tradition française, et les noms les plus illustres, Dumoulin, Coquille, Bouhier.

148. Il y a une autre remarque à faire sur l'unanimité de la tradition, et elle est décisive contre l'opinion dominante. On pose comme règle que les statuts immobiliers sont réels. Il y a, en effet, un grand nombre de lois concernant les immeubles qui ont ce caractère; mais ce n'est point parce qu'elles ont pour objet des immeubles, c'est parce qu'elles sont relatives à un intérêt général. J'y reviendrai dans la partie spéciale de ces Etudes. On a donc tort de considérer comme réel tout statut immobilier; il y en a beaucoup qui forment un statut personnel. Le plus important de tous, le statut des successions, réputé

(1) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXIII, n° 38.
(2) Westlake, *Private international law*, p. 65, n° 72 et p. 66, n° 74.

réel par une tradition séculaire, est considéré aujourd'hui comme personnel par la doctrine et la jurisprudence allemandes, ainsi que par le code italien. Il y a plus. Les traditionnalistes ne s'entendent pas entre eux. Je viens de constater le dissentiment entre Fœlix et Demangeat. Ce n'est pas une simple querelle d'auteur ; c'est une révolution qui s'opère dans le camp réaliste. Fœlix et son commentateur ont le même point de départ, le code Napoléon, et par conséquent la tradition du réalisme. Mais, dans les applications les plus importantes du statut réel, l'annotateur se prononce contre l'auteur qu'il commente ; celui-ci est pour la réalité, tandis que Demangeat est pour la personnalité.

149. Quels biens sont meubles ou immeubles? Fœlix répond que la loi de la situation décide si un objet ou un droit sont meubles ou immeubles, sans égard à la personne du propriétaire ou du *créancier* (1). Ailleurs il dit que le *statut personnel* détermine la nature mobilière ou immobilière des biens, *par rapport à la personne du créancier*. Demangeat croit qu'il y a là une contradiction formelle ; toutefois comme l'auteur, dans le premier passage (n° 60), renvoie lui-même au second (n° 64), il faut croire que, dans sa pensée, le statut, réel en principe, devient personnel dans un cas qu'il ne précise point. Quant à Demangeat, il maintient, dans l'espèce, la réalité du statut, à titre de règle, mais il se prononce pour la personnalité : quand il n'y a plus en jeu un immeuble véritable, une portion du territoire. Je n'entre point dans ce débat, je constate seulement que, d'après Demangeat et d'après Fœlix lui-même, à ce qu'il paraît, le statut concernant les immeubles, réel en règle générale, peut devenir personnel. A mon avis, il faut décider que le statut est réel quand il y a un intérêt général en cause, et personnel quand il s'agit d'un intérêt privé. Je vais donner des applications du principe ; elles confirment mon opinion, et elles prouvent en même temps que je ne m'écarte pas autant qu'on pourrait le croire de l'opinion générale.

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 121, n° 60.

Quels biens peuvent être hypothéqués? La loi hypothécaire belge les énumère dans des termes restrictifs (art. 45). Ce statut est réel, parce que c'est pour des motifs d'intérêt général que le législateur a limité les biens susceptibles d'hypothèque; donc il faut appliquer le droit commun d'après lequel tout le régime hypothécaire forme un statut réel (n° 144).

Le code Napoléon (art. 2265) porte que la propriété des immeubles se prescrit par l'usucapion de dix à vingt ans. Par quelle loi déterminera-t-on, dans ce cas, ce qui est meuble ou immeuble? Encore par le statut réel, parce que la prescription est essentiellement de droit public.

Les rentes dites *foncières* sont considérées comme meubles (art. 529 et 530 du C. Nap.). C'est un statut réel, parce que les rentes ont été mobilisées dans l'intérêt de l'agriculture, donc dans un intérêt social.

Il y a des biens meubles que la loi immobilise dans l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie. L'immobilisation par destination agricole ou industrielle forme un statut réel, parce qu'il y a un intérêt social en cause.

Toutefois il se peut que les meubles soient réalisés et les immeubles mobilisés, par la volonté des parties contractantes. Il en est ainsi en matière de communauté conventionnelle. Les clauses de réalisation et d'ameublissement sont-elles des statuts réels? Non, certes; elles dépendent exclusivement de la volonté des parties contractantes, comme toutes les conventions matrimoniales. Or, la volonté dans les conventions tient lieu de loi, et cette loi s'étend sur tous les biens, quelle que soit leur situation; c'est donc la volonté qui tient lieu de statut.

150. Le principe que, dans les contrats, la volonté tient lieu de loi, a toujours été admis. Mais les partisans du statut réel prétendent que dès que la convention a pour objet des immeubles, il faut appliquer la loi de la situation des biens. Sur ce point, Demangeat paraît être d'accord avec Fœlix (1). Mais le désaccord éclate dès qu'il s'agit d'appliquer le statut réel. La prohibition d'acheter un im-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 123, n° 60.

meuble ou de l'aliéner est réelle d'après Fœlix; le commentateur dit, au contraire, que les prohibitions qui se trouvent dans le code Napoléon forment un statut personnel. Tel est l'article 450 qui défend au tuteur d'acheter les biens de son pupille : il me paraît *évident*, dit Demangeat, que c'est là un statut *personnel* (1). En effet, la prohibition tient à l'incapacité du mineur et à l'obligation du tuteur de veiller aux intérêts de son pupille, parce qu'il est incapable. L'article 1596 généralise cette prohibition en l'étendant aux mandataires qui ne peuvent se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre ; aux administrateurs auxquels il est défendu d'acheter les biens des établissements confiés à leurs soins ; aux officiers publics qui ne peuvent vendre les biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère. La loi ne veut pas placer les hommes entre leur devoir et leur intérêt. Est-ce là une règle qui dépend de la situation des biens? En France et en Belgique, je ne pourrai pas sacrifier mon devoir à mon intérêt, et ailleurs je le pourrai! Conçoit-on que la morale dépende du lieu où les biens sont situés?

Fœlix dit encore, par application de son principe, que la loi de la situation décide la question de savoir si la vente d'un immeuble peut être attaquée pour cause de lésion. Demangeat, au contraire, penche à croire que le statut est personnel. La loi vient au secours d'une personne qui s'est laissé entraîner par le besoin d'argent à une vente ruineuse : c'est la loi du vendeur qui doit déterminer s'il y a eu défaut de liberté chez lui (2). Peut-on scinder la liberté et dire que le vendeur n'a pas été libre en France et en Belgique, où la rescision est admise, et qu'il a été libre là où la rescision n'est pas admise, alors que la cause est la même?

Ces exemples prouvent à quelles conséquences absurdes on aboutit quand on veut subordonner l'homme aux choses.

151. Fœlix applique son principe de la réalité à tous

(1) Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 124, note *c*.
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 217, § 93, et Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 217, note *a*.

les contrats qui ont pour objet des immeubles, échange, louage, antichrèse. Son annotateur conteste. Les contrats produisent des obligations : d'où dérivent-elles? De la volonté des parties contractantes. Est-ce que la volonté peut dépendre de la situation des lieux? Je dirai plus loin quelle est la loi qui, en cas de doute sur l'intention des parties, doit recevoir son application. La question se décide alors par des présomptions. Et sur quoi le législateur, en ce cas, base-t-il ses présomptions? Sur la volonté probable des parties intéressées; cette volonté domine donc le statut (1).

152. Même dissentiment entre Fœlix et son commentateur, dans la matière des testaments. Fœlix part du principe que la réalité est la règle : c'est le vieil axiome féodal que toute coutume est réelle. Par exception, et à raison des convenances internationales, on a admis la personnalité des statuts qui règlent l'état général des personnes; dès que cet état de capacité ou d'incapacité est modifié, on ne se trouve plus dans l'exception du statut personnel; partant on rentre dans la règle du statut réel. Par application de ce principe, Fœlix décide que les articles 903 et 904 forment des statuts réels. Demangeat dit qu'il lui est impossible de partager cette opinion. Un mineur français, âgé de quinze ans, possède des immeubles dans un pays où les mineurs peuvent tester à quatorze ans. Comprend-on que le propriétaire français qui, à raison de son incapacité, ne pourrait aliéner ni hypothéquer ses immeubles, ait le droit d'en disposer par testament, malgré l'incapacité dont la loi le frappe? L'annotateur de Fœlix dit qu'il ne connaît pas de motif sérieux sur lequel on puisse appuyer une distinction qui est une vraie anomalie.

Supposons maintenant qu'un mineur français, capable de tester en vertu de l'article 904, possède des immeubles dans un pays où les mineurs n'ont pas le droit de disposer de leurs biens par testament. D'après la doctrine des réalistes, ce mineur ne pourra pas tester, quoique sa loi per-

(1) Fœlix, et Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 124 et note *a*.

sonnelle le déclare capable. Demangeat dit que celui qui, par sa loi personnelle, est reconnu capable doit être capable partout. Il n'est pas exact de dire que la loi se préoccupe des biens et de leur conservation dans la famille. La loi reconnaît au mineur une demi-capacité : pourquoi cette demi-capacité ne le suivrait-elle pas à l'étranger aussi bien que la capacité entière (1)?

153. Fœlix décide, en termes absolus, que la capacité de recevoir un immeuble ou d'en disposer par donation ou testament forme un statut réel. Son commentateur distingue, comme je le fais, les divers cas.

Les établissements d'utilité publique ne peuvent recevoir à titre gratuit qu'avec l'autorisation du gouvernement (art. 910). C'est une incapacité fondée sur un intérêt social ; donc les personnes civiles étrangères y sont soumises, en supposant qu'elles puissent recevoir en France, sans y être reconnues.

L'incapacité relative dont l'article 910 frappe le tuteur est, au contraire, déterminée par l'état des personnes, c'est-à-dire les rapports de dépendance que la tutelle crée entre le pupille et son tuteur. Qu'est-ce que la situation des biens a de commun avec l'influence que le tuteur exerce sur le mineur et avec l'abus qu'il en peut faire? Il ne saurait donc être question d'un statut réel.

L'article 909 déclare incapables les médecins et les ministres du culte qui ont traité une personne pendant la maladie dont elle meurt. Cette incapacité est également fondée sur la crainte que les médecins et les prêtres n'abusent de l'influence que leur position leur donne sur l'esprit du malade ; considération toute personnelle qui doit protéger le testateur contre la captation, quelle que soit la situation des biens.

Quant à l'incapacité que l'article 908 établit contre l'enfant naturel, on pourrait invoquer la morale, ce qui est un motif d'intérêt public. A vrai dire, la morale est hors de cause, l'enfant naturel n'étant pas coupable de la faute de son père. Demangeat dit que la loi punit le père, et

(1) Fœlix, et Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 64 et note a.

cette punition doit naturellement s'étendre à tous les biens que le père délaisse, n'importe leur situation (1).

154. Fidèle à son principe, Fœlix déclare réelles les dispositions du code Napoléon relatives au disponible entre époux et à la quotité de biens dont le conjoint qui se remarie peut disposer au profit de son nouveau conjoint (art. 1094 et 1098), ainsi que les libéralités que l'on peut faire par contrat de mariage au profit des enfants à naître (art. 1082). M. Demangeat dit en note : « J'incline à voir dans les articles 1094, 1098 et 1082 de véritables statuts personnels. En effet ces articles ne sont que des corollaires de l'organisation générale de la famille et du mariage; or, cette organisation dépend certainement du statut personnel (2). » Ce motif a une grande portée; il conduit logiquement à considérer la succession comme un statut personnel, car le droit héréditaire est aussi une dépendance de la famille et du mariage. Demangeat n'admet point cette conséquence: cela prouve combien est incertaine la doctrine du statut réel, que l'on dit être admise par tous les auteurs et par toutes les lois.

Fœlix range encore parmi les statuts réels les lois qui concernent les donations entre époux. Dans l'ancien droit, la question était très controversée. Demangeat n'hésite pas à dire que la loi de la situation des biens doit être sans influence sur la question de savoir si les donations entre époux sont prohibées ou permises, révocables ou irrévocables. « Il me paraît *évident*, dit-il, que c'est là un statut *personnel*. » A entendre Fœlix, il est tout aussi *évident* que le statut est *réel*. L'un et l'autre s'appuient sur la tradition (3). On voit à quoi se réduit l'unanimité que l'on invoque en faveur du statut réel.

Les articles 1096 et 1097 se rattachent au même ordre d'idées. Dans la doctrine traditionnelle, la prohibition faite aux époux de s'avantager mutuellement, dans certains cas, était considérée comme un statut réel. Fœlix

(1) Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 122 et note *a*.
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 217 et 218, n° 93 et la note de Demangeat, p. 218, *a*.
(3) Fœlix et les notes de Demangeat, t. I, p. 218, 85 et 52.

a donc raison au point de vue de la tradition que le code Napoléon a entendu maintenir. Demangeat se prononce pour la personnalité, toujours par le motif que la question dépend de l'organisation du mariage, laquelle constitue une loi essentiellement personnelle. Si l'on écarte la tradition, cette solution me paraît certaine. Le législateur craint que le consentement des époux ne soit altéré par l'influence abusive que l'un exerce sur l'autre. Borne-t-il sa sollicitude aux biens situés en France? Approuvera-t-il la libéralité quand les époux disposent de biens situés dans un pays où la loi leur permet de se dépouiller l'un l'autre? Ce serait dire que le consentement est vicié en France, et qu'il est libre en Angleterre, le tout à raison de la situation des biens (1)!

155. Fœlix enseigne que toutes les dispositions relatives au régime dotal forment un statut réel, sans autre motif que le principe d'après lequel tout statut immobilier est réel. Je crois, au contraire, dit Demangeat, que le régime dotal, comme tout autre régime matrimonial, est régi par la loi personnelle du mari. Il écarte l'article 3 du code Napoléon, parce que cet article ne reçoit pas d'application dans les cas où le juge est simplement appelé à interpréter la volonté des parties, et c'est la volonté des parties qui domine dans le contrat de mariage. Pourquoi la loi déclare-t-elle les biens dotaux inaliénables? Pour protéger la femme contre sa faiblesse, ce qui est une considération d'intérêt privé. Demangeat consent, du reste, à la restriction, que si, dans le lieu de la situation des biens, l'aliénation des fonds dotaux était défendue par une raison d'ordre public, il n'y aurait plus lieu d'appliquer le statut personnel (2). C'est bien là la distinction que je propose comme fondement du droit international privé.

156. Les droits mobiliers forment-ils un statut réel? J'ai déjà répondu à la question en ce qui concerne les

(1) Fœlix et les notes de Demangeat, t. I, p. 123. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 178, n° 113.

(2) Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 124, n° 60 et p. 213, note *a*. Comparez mes *Principes de droit privé*, p. 180, n° 115.

hypothèques (1). Pour le moment, je veux seulement constater un nouveau dissentiment entre Fœlix et son commentateur. L'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées est-elle un statut réel? Ce n'est pas sans étonnement qu'on lit dans Fœlix que le statut est personnel. L'hypothèque est un démembrement de la propriété. Peut-on permettre, dans le système de la réalité, à une loi étrangère de démembrer le sol français? En se prononçant pour la personnalité, Fœlix oublie le principe fondamental de sa théorie; il a raison au point de vue des vrais principes, mais il a certes tort, au point de vue de la tradition réaliste. Il accorde aux mineurs et aux femmes une hypothèque légale sur les biens des tuteurs et des maris situés à l'étranger, si leur statut personnel leur accorde cette garantie; mais il y met une seconde condition, c'est que la loi de la situation des biens donne une hypothèque aux mineurs et aux femmes mariées. Demangeat rejette cette seconde condition; d'après lui, le statut personnel suffit pour donner aux incapables une hypothèque même là où la loi territoriale ne leur en donnerait pas (1). Je n'oserais pas aller aussi loin. L'hypothèque est d'intérêt social; donc c'est à la loi territoriale, et à elle seule, de déterminer les cas et les conditions sous lesquelles les immeubles peuvent être hypothéqués. C'est ce que dit la loi belge : « L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi (art. 12). » Ici, il est vrai de dire que si une loi étrangère grevait les immeubles d'une hypothèque non reconnue par la loi territoriale, la souveraineté ne serait plus entière; la puissance souveraine ne saurait permettre que des immeubles de son territoire soient frappés d'hypothèques qu'elle n'a pas voulu autoriser. Ainsi nous aboutissons à cette singulière conséquence que ceux qui déclarent réel le statut des immeubles au nom de la souveraineté, oublient leur principe pour déclarer personnel un statut qui divise la souveraineté et qui se trouve en opposition avec une loi d'intérêt public. Une doctrine aussi illogique ne saurait être vraie.

(1) Voyez ci-dessus, n° 144, p. 271.

Aussi Demangeat, qui reconnaît le statut réel ainsi que le principe de la souveraineté territoriale sur lequel la réalité repose, finit-il par établir un principe tout différent, un principe qui se rapproche de ma doctrine bien plus que de celle des réalistes : « En résumé, nous disons : Il faut appliquer le statut reel, 1° en tant qu'il classe les biens. » Je viens de dire que j'admets la même solution lorsque l'intérêt public est en cause, ce qui est la règle. « 2° En tant que le statut réel détermine les droits dont les différentes natures de biens peuvent être l'objet et les personnes admises à la jouissance de ces biens. » J'accepte cette application ; mais, plus conséquent, il me semble, que Demangeat, je dis que l'hypothèque légale dépend de la loi territoriale, en ce sens qu'elle ne saurait exister malgré cette loi. « 3° En tant que le statut règle, dans un *intérêt public*, comment les droits s'acquièrent, se conservent et se transmettent (1). » Tel est, à mon avis, le vrai principe, qui domine toute la matière des statuts. C'est la doctrine que j'ai professée dans mes *Principes de droit civil* et que je reproduis dans le cours de ces Etudes.

157. Je vais appliquer le principe à un statut dont la nature est très controversée. L'usufruit légal des père et mère est-il un statut réel? Fœlix se prononce pour la réalité, sans manifester un doute ; il cite des auteurs français, allemands et l'arrêt d'une cour anglaise (2). Demangeat place l'usufruit légal sur la même ligne que l'hypothèque légale ; il en fait un statut personnel. Dans l'ancien droit, la réalité était généralement admise ; Bouhier seul soutenait que le statut est personnel. Si l'on part du principe que l'intérêt général rend les statuts réels, tandis que les lois d'intérêt privé sont personnelles, la solution n'est pas douteuse. Où est l'intérêt social qui empêche que le père ait partout les mêmes droits? Est ce que la société, sa conservation, son perfectionnement exigent que le père ne perçoive pas en Angleterre les fruits des biens que ses enfants y possèdent? Demangeat a donc raison contre

(1) Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 125, n° 60, note *b*.
(2) Fœlix, t. I, p. 121 et note *b*. Demangeat sur Fœlix, p. 131, note *b*.

Fœlix : l'un s'inspire de la personnalité humaine, l'autre subordonne les droits de la personne à la situation des biens. Le lieu où les biens sont situés peut-il déterminer les droits privés qui appartiennent au père à raison de la puissance paternelle (1)?

158. J'arrive à la conclusion de ce long débat. Est-il vrai que les lois sont réelles par cela seul qu'elles ont pour objet un immeuble? Le code Napoléon le dit et telle est la tradition universelle. S'il y a une règle incontestée dans notre science, dit Bar, c'est celle de la réalité des statuts immobiliers (2). Un auteur moderne va jusqu'à dire que, dans ces lois, les personnes sont considérées comme moyens (3). Voilà une formule qui condamne le système dont elle est l'expression. L'homme peut-il jamais devenir la dépendance, l'accessoire d'une chose? Qu'est-ce donc que ces biens qui sont si précieux, que ce qu'il y a de plus précieux, notre individualité, y soit subordonné? Sans doute, l'homme ne peut pas vivre sans les objets du monde physique; il ne peut développer ni son âme ni son intelligence s'il n'a à sa disposition les instruments nécessaires; les biens sont ces instruments. Faut-il demander si c'est l'âme qui est l'élément essentiel de notre être, ou si ce sont les objets du monde physique dont elle se sert comme d'un instrument? Qu'est-ce qui est le moyen? qu'est-ce qui est le but? Ceux qui sont persuadés qu'ils ont une âme répondront : Les biens sont le moyen; c'est l'homme dans ce qu'il a de plus noble, de plus essentiel, qui est le but. Si telle est la nature de l'homme, telles doivent aussi être les lois, puisque les lois sont l'expression de notre nature. Dès lors, le législateur peut-il jamais traiter l'homme comme un moyen? Et les biens, qui sont le vrai moyen, peuvent-ils jamais devenir l'objet principal de ses dispositions? Pourquoi, en définitive, les lois s'occupent-elles des biens? « Pour l'utilité commune des personnes », répondent les auteurs du code civil, dans le Livre préliminaire (tit. I, art. 7). Donc la loi a toujours

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 145, n° 96.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 188 et note 1.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, n° 76, p. 92.

l'homme en vue, et partant toute loi est en principe personnelle.

Cependant M. Demolombe a raison au point de vue de la doctrine traditionnelle. Quelle est l'origine de cette tradition? Les auteurs modernes semblent ne pas s'en douter. Le jurisconsulte français du dix-neuvième siècle n'a fait que répéter ce que disait, au seizième, notre Bourgoingne, et le légiste belge était l'organe du droit féodal. Le réalisme absolu date du moyen âge, alors que la terre était souveraine et donnait la souveraineté à celui qui la possède. A cette époque il était vrai de dire que l'homme était l'accessoire du sol : les uns, les serfs, attachés à la glèbe, comme des immeubles par destination : les autres, les barons, rois dans leur baronnie. La souveraineté attachée au sol était naturellement exclusive de toute autre puissance souveraine. Chacun de ces barons et châtelains voulait demeurer maître absolu chez soi ; telle est, dit le président Bouhier, la source de l'axiome vulgaire de notre droit français, que *toutes coutumes sont réelles* (1). Il en résultait que les *lois* étaient *ennemies*, aussi bien que les hommes. C'est l'expression de Boullenois (2); elle caractérise admirablement les lois réelles : toute loi étrangère était un ennemi qu'il fallait repousser quand on ne pouvait pas le détruire. Faut-il demander si les peuples sont encore ennemis? Si l'homme est un loup pour l'homme? Sommes-nous encore attachés à la glèbe? La terre est-elle toujours souveraine? Et cette souveraineté est-elle exclusive, hostile, absolue? Tout notre état social a changé; nos idées, nos besoins ne sont plus ceux du moyen âge. Donc les lois doivent aussi changer, parce qu'elles n'ont plus de raison d'être.

De fait, la doctrine féodale est abandonnée par ceux-là mêmes qui disent toujours que toute loi est réelle. On prétend que c'est une doctrine unanime. Au seizième siècle, le statut des successions était réel ; les enfants n'en doutaient point, dit d'Argentré. La raison en est que les succes-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. 23, n° 38
(2) Boullenois, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*, préface, p. II

sions avaient pour objet les immeubles, c'est-à-dire une partie du territoire, et la loi territoriale était souveraine. Au dix-neuvième siècle, le législateur italien, tout en déclarant réels les statuts immobiliers, décide que les successions forment un statut personnel. Pourquoi? Parce que la succession ne dépend point de la souveraineté; le droit de l'héritier a sa source dans le sang, et le sang ne vient pas du sol, il vient de Dieu.

Au seizième siècle, Dumoulin osa soutenir que les conventions matrimoniales, alors même qu'elles étaient tacites et qu'elles étaient réglées par la coutume dans le silence des parties, formaient un statut personnel. Il fut vivement combattu par d'Argentré : que devenaient, dans cette opinion, la réalité des coutumes et leur souveraineté? C'était un premier pas fait hors de la doctrine féodale. La lutte fut longue, mais la personnalité l'emporta en France; au dix-huitième siècle, elle n'était plus contestée : Pothier l'enseigne, sans même dire que la chose eût jamais fait l'objet d'un doute.

Quand les vieux réalistes se résignèrent à admettre un statut personnel, ils eurent soin de le circonscrire dans les limites les plus étroites. La personnalité, disaient-ils, ne concerne que l'état général et abstrait de la personne; dès qu'il s'agit de la capacité d'aliéner un immeuble, la réalité reprend son empire. Rien de plus logique dans le système du droit féodal. Les réalistes limitent encore, au dix-neuvième siècle, le statut personnel à l'état général de la personne. Mais sur ce point Fœlix est aussi abandonné par son commentateur; il ne trouve plus d'appui que chez les Anglo-Américains, dont la *common law* est restée féodale (1). Les jurisconsultes allemands, Savigny à leur tête, répudient la tradition du moyen âge et se prononcent pour la personnalité de tout statut qui règle la capacité (2). Le code civil lui-même a consacré cette doctrine.

Les réalistes étendaient l'empire de la loi territoriale jusqu'aux formes extérieures des actes, dès qu'il était

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, nº 56, p. 116 de la 4e édition.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 181 et 182.

question d'immeuble. Sur ce point aussi ils ont été abandonnés. Pothier déjà distingue les dispositions coutumières qui concernent les formes ; il en fait une classe à part, qui n'a rien de commun avec les statuts réels et les statuts personnels (1) et les auteurs modernes, même les plus réalistes, abondent dans ces idées (2).

159. Que reste-t-il de la doctrine traditionnelle que le code Napoléon et le code italien ont maintenue ? Sauf quelques points controversés que j'examinerai dans la partie speciale de ces Etudes, la réalité des statuts immobiliers se borne à des cas où il y a un intérêt public en cause. Un jurisconsulte italien a combattu le principe sur lequel reposent mes Etudes sur le droit civil international, principe que j'avais déjà professé dans mes *Principes de droit civil*. Je dis que tout statut concernant les biens, meubles ou immeubles, est personnel ; mais j'ajoute que tout statut devient réel, alors même que par sa nature il serait personnel, dès qu'il y a un droit social en cause. Qu'est-ce que Lomonaco m'objecte ? Il y a, dit-il, des lois qui intéressent l'agriculture ; il serait dangereux de permettre à une loi étrangère de troubler notre ordre économique. Sans doute, et tel est aussi mon avis. Est-ce que l'agriculture n'est pas un intérêt social ? Et quand la société est intéressée à régler la condition de la propriété immobilière, pour favoriser les progrès de l'agriculture, n'est-ce pas le cas d'appliquer le principe que le droit de la société domine le droit des individus, et que l'étranger ne peut jamais opposer sa loi nationale à une loi territoriale qui concerne le droit de la société ? Nous sommes donc d'accord. L'ordre politique peut aussi imprimer un caractère réel, territorial, à des règles d'intérêt privé. Le code Napoléon prohibe les substitutions, pour des raisons politiques et pour des motifs de moralité, bien plus graves que la conservation des grandes fortunes et, par suite, des grandes familles. C'est une loi réelle, dit Lomonaco (3). Je suis encore d'accord. En faut-il induire que toute loi

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introduction générale, n° 23.
(2) Wachter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 383
(3) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 107.

immobilière est une loi d'intérêt social ? Le code italien dit le contraire, puisqu'il déclare que les successions dépendent du statut personnel. Voilà l'application de mon principe. Une transmission des biens à cause de mort est d'ordre privé ; dès lors, elle dépend du statut de la personne. Y a-t-il, par hasard, un caractère d'intérêt social dans toute loi relative aux immeubles ? Non certes ; je viens d'en donner la preuve en citant des statuts immobiliers qui sont d'intérêt privé, aussi bien que les lois des successions. Que reste-t-il ? Si un statut immobilier concerne l'intérêt de la société, il est par cela même réel. Nous voilà d'accord sur le principe. Il peut y avoir dissentiment sur le point de savoir si le droit de la société est ou non en cause. Ceci est une question d'application ; je me borne à constater ici que, dans mon opinion, les intérêts généraux de la société sont pleinement sauvegardés, puisqu'il appartient au législateur de déterminer que les lois sont d'intérêt social ; et que, dans le silence de la loi, le juge appliquera la loi territoriale dès que le droit de la société sera engagé dans le débat.

Cette même confusion d'idées, que je me permets de reprocher à Lomonaco, en me défendant contre sa critique, se trouve chez d'autres légistes. Rocco reproduit à la lettre la doctrine de Portalis sur le domaine éminent de l'État, et sur la souveraineté indivisible qui s'étend sur toutes les parties du territoire. J'admets le principe, en tant que les droits de la souveraineté y sont intéressés. Or, quelles sont les applications que le jurisconsulte napolitain donne de son principe ? Des cas dans lesquels le droit de la société est engagé (1). L'État, dit-il, peut exproprier pour cause d'utilité publique les biens immeubles appartenant aux étrangers. Eh ! qui a jamais songé à le contester ? L'État peut régler la propriété immobilière de manière à favoriser le développement de la richesse. Je dis que non seulement il le peut, mais qu'il le doit. Et conçoit-on qu'un étranger vienne opposer son statut per-

(1) Rocco, *Dell' uso e dell' autorità delle leggi delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persone et col territorio degli stranieri*, 125 et suivantes.

sonnel à une loi territoriale qui a pour objet l'état économique d'un pays où il possède des immeubles? Je viens de dire que le régime hypothécaire est réel, précisément parce qu'il se rattache aux plus graves intérêts de la société, le crédit, la richesse privée et publique, l'agriculture. Donc, encore une fois, nous sommes d'accord.

En définitive, mon principe, qui paraît en opposition avec la tradition universelle, est, en réalité, en harmonie, dans l'application, avec la doctrine moderne, qui n'est plus celle de nos anciens légistes. Le droit ne reste jamais immuable : c'est une face de la vie, et une des plus importantes ; or, la vie ne s'immobilise pas, ce serait la mort. Il est vrai que notre science est traditionnelle, et il arrive parfois que ses interprètes maintiennent les vieilles formules que la tradition leur a léguées ; mais si l'on pénètre au fond des choses, on voit que la formule n'a plus le sens qu'elle avait jadis. Les jurisconsultes et les législateurs répètent à l'envi que les lois concernant les immeubles sont réelles. Entendent-ils dire, comme on le faisait au moyen âge, que toute coutume est réelle et souveraine? Du tout, ils considèrent comme réelles les lois qui sont relatives aux droits de la société, ce qui implique que les lois d'intérêt privé sont personnelles. On est d'accord, alors qu'on semble être en désaccord. Ce n'est pas à dire que la lutte séculaire entre la réalité et la personnalité soit terminée. Il reste à décider quelles lois sont d'intérêt social. La question est capitale, et Savigny a raison de dire que c'est là la grande difficulté du droit international privé. Mais ce serait déjà un bien immense que de s'accorder sur le principe, en répudiant la règle féodale de la réalité des lois. C'est la raison pour laquelle j'insiste tant sur les principes. La fausse maxime de la réalité entrave et arrête le progrès de notre science, il faut la combattre jusqu'à ce qu'elle en soit bannie.

§ II. — *Le droit anglo-américain.*

160. La *common law* suit la règle que toute coutume est réelle, et elle l'applique rigoureusement à toutes les

lois qui concernent les immeubles. En aucun cas, les Anglo-Américains n'admettent une action quelconque d'une loi étrangère sur les biens immobiliers qui sont situés sur leur territoire. La capacité qui, sur le continent, forme un statut personnel, alors même qu'il s'agit de l'aliénation d'un immeuble, est régie en Angleterre et aux États-Unis par la loi du territoire. Voilà pourquoi, jusque dans ces derniers temps, les étrangers ne pouvaient être propriétaires en Angleterre; la propriété immobilière est une tenure, et le naturel seul peut la tenir de son suzerain. Pour savoir qui peut aliéner un immeuble, il ne faut pas consulter le statut personnel du propriétaire : la *common law* ne connaît pas de statut personnel : le propriétaire est-il majeur d'après la loi territoriale, il pourra aliéner, quand même, d'après la loi de son domicile, il serait encore mineur. Les formes sont soumises à la loi de la situation, contrairement au droit commun qui régit l'Europe continentale; d'après le droit anglais, il faut un acte scellé pour la translation de la propriété immobilière; un acte authentique reçu par notaire en France ou en Belgique serait inopérant. A plus forte raison, la loi territoriale décide-t-elle la question de savoir quels droits on peut concéder sur les immeubles : la loi anglaise défend de transmettre des biens-fonds à des corporations de mainmorte; cette loi reçoit son application à tous ceux qui possèdent des immeubles sur le sol d'Angleterre. C'est encore la loi territoriale qui régit les droits qui ont leur source dans la loi : telle est la succession *ab intestat*, tel est encore le douaire de la veuve (1).

J'ai supposé que le statut concerne des immeubles, puisqu'il est question, pour le moment, des lois qui régissent les biens immobiliers. Le statut réel a une plus grande portée; d'après le droit anglo-américain, il s'applique à tous les droits locaux, même aux créances auxquelles on peut attribuer une assiette locale. Ainsi, les conventions qui ont pour objet des fonds publics anglais,

(1) Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 67, § 70.

les assurances relatives aux laines exportées des ports d'Angleterre, dépendent du statut réel, aussi bien que les lois qui exigent un écrit scellé pour le transport de la propriété d'un immeuble. Les Anglo-Américains admettent comme règle que les contrats dépendent de la loi du lieu où ils sont passés. Cette règle ne reçoit pas d'application, quand l'objet de la convention est un immeuble ou un droit local, les cours d'Angleterre, d'Ecosse et des Etats-Unis sont unanimes sur ce point (1).

161. Quel est le fondement de la réalité, telle que la *common law* l'admet? Nous allons d'abord entendre la réponse d'un légiste américain. Aucun souverain, dit Wharton (2), ne saurait permettre l'*intrusion* sur son sol d'une loi étrangère; l'indépendance de l'Etat et son existence même exigent que les lois territoriales gouvernent exclusivement tout ce qui se trouve sur son territoire. Nous avons déjà entendu cette théorie de la souveraineté dans la bouche de Portalis. Il est évident que, lorsque l'existence et la conservation de la société sont en cause dans un statut immobilier, l'étranger ne saurait opposer son statut personnel au statut territorial. Mais suit-il de là que toute loi relative à des immeubles concerne l'indépendance de l'Etat et sa vie même? La conséquence serait une pétition de principe. A entendre Wharton, la propriété foncière est, de son essence, un objet qui dépend de la police fondamentale de chaque peuple. « La condition de la propriété immobilière, dit-il, est en rapport avec la nature du sol, avec les institutions politiques, avec le caractère de la population, avec la vie historique de la nation. » Cela est très vrai, mais cela est vrai, non seulement de la propriété immobilière, cela est vrai aussi de la propriété mobilière; il faut dire plus, cela est vrai du droit en général. Je l'ai dit et répété dans ces Etudes; le droit est l'expression de la vie nationale, comme la langue. Est-ce une raison pour imposer à l'étranger une langue qui n'est pas la sienne, et pour le soumettre à un droit qui ne

(1) Story, *Conflict of laws*, §§ 363-365, p. 449 de la 7e édition.
(2) Wharton, *Private international law*, p. 258, §§ 278-280.

pond pas à ses sentiments et à ses idées ? La conséience logique serait, me semble-t-il, de laisser à l'étrangr sa langue et son droit.

Ici Wharton nous arrête. La loi des immeubles tenant sol, il faut que l'étranger, possesseur d'une portion du l, se soumette à la loi territoriale, sinon il troublerait conomie sociale en y introduisant une loi qui serait en pposition avec l'intérêt et le droit de la société. En rance, et partout où règne la législation française, le it du législateur est de créer une classe de petits proiétaires, parce que, dans sa conviction, la petite proiété est le meilleur moyen d'exploiter le sol. En Angleerre, au contraire, on tient à la grande propriété, parce le grand propriétaire peut seul appliquer à l'agriculre les découvertes de la science, et tirer du sol tout le ofit qu'il peut procurer, ce qui favorise le développeent de la richesse privée et publique. Est-ce qu'on perettra à un étranger de contrecarrer les vues du législaur français ou du législateur anglais en transportant en ngleterre ou en France des lois qui sont contraires à la lice territoriale ?

Il y a bien des réponses à faire à cette apologie du atut réel. Est-il bien vrai que ce soit par des considétions d'économie rurale que la loi française favorise la etite propriété, tandis que la loi anglaise préfère la ncentration de la propriété dans les mains de quelques ands propriétaires ? Avant la révolution de 1789, la rance et l'Angleterre avaient le même régime territorial : s droits d'aînesse et de masculinité et les substitutions concentraient le sol dans les mains de la noblesse. La volution voulut briser la puissance de l'aristocratie, qui i était hostile : tel fut l'esprit des lois dites révolutionires, et les auteurs du code Napoléon étaient inspirés s mêmes sentiments. C'est la démocratie qui est en cause, n'est pas l'agriculture. L'Angleterre, au contraire, est istocratique, de là sa prédilection pour les grandes fornes territoriales. Ce n'est pas à dire que l'agriculture subisse l'influence des lois politiques ; en France, elle ofita de la division du sol. Je ne sais quelle sera la des-

tinée de la grande propriété en Angleterre ; mais je sais par l'histoire que les grands domaines perdirent l'Italie et les provinces, sous la domination de l'aristocratie romaine Quoi qu'il en soit, ces révolutions dans l'ordre politique et économique ne dépendent point du statut des étrangers, ils seront toujours une infime minorité, et quelques propriétaires peuvent-ils changer l'ordre économique d'un État ? Et en supposant que les étrangers eussent une influence qui pourrait devenir préjudiciable, la réalité du statut immobilier ne suffirait point pour écarter le danger, il faudrait aller plus loin, et défendre aux étrangers d'acquérir des propriétés immobilières. Wharton l'avoue, et il regrette presque que les États-Unis soient forcés d'ouvrir leur sein aux émigrants. Ce sont des regrets d'un autre âge L'Angleterre, la patrie de la *common law*, droit étroit par excellence, a été obligée de l'élargir, en permettant aux étrangers de devenir propriétaires.

La constitution politique et économique de l'Angleterre en sera-t-elle ébranlée ? Il y a une réponse péremptoire à ces craintes exagérées. S'il y a des lois qui sont réellement fondamentales pour la police d'un État, comme Wharton le suppose, ces lois formeront, par cela même, un statut réel, et par conséquent l'étranger ne pourra pas leur opposer sa loi nationale. Il est donc donné pleine satisfaction aux intérêts vitaux de la société. Wharton lui-même nous en fournit un exemple. Dans les pays catholiques, tels que l'Italie et l'Espagne, les lois favorisent la mainmorte ecclésiastique. En Angleterre, au contraire, la mainmorte est défendue. Des Italiens et des Espagnols pourraient-ils, en invoquant leur statut personnel, créer une mainmorte, sous couleur de religion, là où elle est prohibée ? La question n'a point de sens. S'il y a des lois réelles par essence, ce sont celles qui concernent les corporations religieuses ; je convie ceux qui demandent la liberté des couvents de venir en Belgique ; ils y verront les couvents pulluler comme la mauvaise herbe, et par les couvents, la spoliation des familles, l'abêtissement et l'immoralité des populations. Certes, voilà des motifs d'intérêt général, plus qu'il n'en

haut, pour écarter le statut personnel de l'étranger, s'il voulait s'en prévaloir pour créer des corporations qui ruinent les fondements de l'ordre politique et de l'ordre moral.

162. Pour justifier la réalité des statuts immobiliers, Wharton invoque encore l'intérêt des tiers et la sécurité des relations civiles (1). J'ai déjà rencontré cette objection des Anglo-Americains, à l'occasion du statut personnel qu'ils repoussent, en principe, dans l'intérêt des tiers ; j'ai répondu, en proposant des moyens de sauvegarder l'intérêt des tiers (2). Les motifs que Wharton développe ne me paraissent pas d'un grand poids. Il croit que la loi de la situation des biens offre seule aux acquéreurs la sécurité sans laquelle ils n'achèteront point. Je suis du même avis. C'est encore un cas où les réalistes ne se rendent pas compte de la portée du principe qu'ils soutiennent ou qu'ils combattent. Peu importe qu'un contrat soit régi par la loi du lieu où il se passe, ou par la loi du domicile, ou par la loi nationale, dès qu'il s'agit de la transmission de la propriété et des garanties que les lois établissent pour sauvegarder les intérêts des tiers, ces lois sont réelles. Ce sera donc toujours la loi territoriale que l'acquéreur devra consulter pour savoir si l'immeuble qu'il se propose d'acheter est grevé d'hypothèques ou d'autres droits réels, et si cet immeuble a déjà été vendu. Ce sont les lois locales qui doivent établir des conditions et des formes telles, que l'acheteur puisse s'assurer que l'immeuble n'est pas grevé de charges et qu'il est la propriété de son vendeur. Ce n'est pas le statut personnel du propriétaire qui fera naître l'incertitude et le danger pour les tiers, ce sera le défaut de garanties qui dépendent de la loi territoriale. C'est au législateur de chaque pays de veiller aux intérêts des tiers, parce que c'est la condition sous laquelle les propriétaires jouiront du crédit que leur peut donner leur richesse immobilière, et qu'ils trouveront à vendre leurs biens au prix qu'ils valent.

(1) Wharton, *Private international law*, § 284, p. 261.
(2) Voyez plus haut, p. 174, nos 94-96.

C'est au même ordre d'idées que se rapporte le principe du droit anglo-américain, relatif à la capacité d'acquérir des immeubles. La *common law* rejette le statut personnel, dans l'intérêt des tiers qui contractent avec un étranger dont ils ne peuvent connaître ni l'état ni le statut. J'ai longuement traité la question dans ces Études (1). Il est inutile de recommencer le débat. Wharton ajoute que si la loi territoriale défend aux étrangers d'acquérir des immeubles, ceux-ci ne pourront pas se prévaloir de leur statut personnel (2). Cela est d'une telle évidence, qu'il était inutile de le dire.

163. Telle est la théorie des légistes anglo-américains; ils justifient la réalité des statuts immobiliers par le principe de la souveraineté territoriale et par l'intérêt des tiers. Le statut réel a encore un autre fondement. D'où vient la conception de la souveraineté qui attache la puissance souveraine au territoire? Elle date du moyen âge et de la nature particulière de la propriété sous le régime féodal (3). La terre était souveraine, et elle communiquait la souveraineté à celui qui la possédait, et en même temps toute terre dépendait d'un suzerain, il n'y avait pas de terre sans seigneur. Le régime féodal, introduit en Angleterre par Guillaume le Conquérant, y régit encore aujourd'hui la propriété du sol : la propriété immobilière est toujours considérée comme une tenure. Voilà pourquoi, jusque dans ces derniers temps, les étrangers étaient incapables de posséder des immeubles en Angleterre. La féodalité régnait sur toute l'Europe, de là l'empire universel de la souveraineté territoriale. En France, la féodalité civile fut détruite par la Révolution, cependant il en resta une trace dans la doctrine du statut réel consacrée par l'article 3 du code Napoléon. Il n'y a pas eu de révolution en Angleterre contre le régime féodal. Cela explique la ténacité de la tradition, dans la matière de la

(1) Voyez plus haut, nos 92 et suivants.
(2) Wharton, *Private international law*, p. 267, §§ 296 et 296a.
(3) Mittermaier, *Die Lehre von der Collision der Gesetze* (Kritische Zeitschrift, 1839, t. XI, p. 269). Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 119, § 58.

souveraineté territoriale, et du statut réel qui en est une dépendance. Les Anglo-Américains ont oublié l'origine de leur *common law*. Il semble qu'il devrait suffire de la leur rappeler pour qu'ils répudient une doctrine qui n'a plus de raison d'être.

Mais telle est la puissance de la tradition sur l'esprit des légistes, qu'ils finissent par y voir l'expression de la vérité. De là le singulier reproche qu'un Américain adresse à Demangeat, l'annotateur de Fœlix, d'avoir deserté la doctrine de la réalité enseignée par l'auteur qu'il commente (1). Toujours est il que la théorie traditionnelle est viciée dans son fondement par son origine féodale : un écrivain anglais en a fait la satire et la critique en disant qu'en Angleterre les hommes sont gouvernés par la loi du dix neuvième siècle, et que les terres sont régies par les lois du moyen âge feodal (2). Ce n'est pas même assez dire, car la loi de la terre reagit sur les hommes. Une pareille anomalie ne saurait durer éternellement. Déja les légistes anglais perdent le respect superstitieux qui s'attache a la loi de la situation quant aux biens immobiliers; ils critiquent la doctrine féodale de l'allégeance, qui fait des hommes l'accessoire du sol (3). Sur ce dernier point la tradition a été abandonnée, et, par suite, l'incapacité des étrangers de posséder des immeubles a été abolie La *common law* est entamée; elle cédera a l'action lente mais irrésistible du temps et des idées nouvelles. Ce sont ces idées qu'il importe de répandre, car les idées gouvernent le monde.

§ III. — *Le droit allemand.*

164. La realité des statuts immobiliers est admise en Allemagne comme partout ailleurs; mais elle y est fortement ebrantée; on peut dire qu'elle n'existe plus que no-

(1) Voyez plus haut, n° 80, p. 152

(2) Tommas, *English laws* cité par Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p 110

(3) Westlake, dans la *Revue de droit international*, de Rolin-Jaequemyns, t I, p. 105 et 107 (1869).

minalement. Il y a une Allemagne nouvelle qui vient à peine de se former et qui n'a pas encore de code civil. La vieille Allemagne a des codes particuliers, qui datent d'une époque où la féodalité civile était encore la doctrine dominante, et les codes sont toujours l'expression des sentiments généraux : Fœlix avoue qu'ils sont empreints de l'esprit féodal. Le plus ancien, le code bavarois, soumet tous les biens, meubles et immeubles, à la loi de la situation : c'est la maxime féodale, que toute coutume est réelle. Cela est logique, mais l'assimilation des meubles et des immeubles a des inconvénients pratiques si graves, que les codes plus récents l'ont abandonnée, comme l'avait fait la doctrine à peu près universelle. On lit dans l'Introduction générale au code de Prusse (§ 32) : « Les biens immobiliers sont régis par les lois de la juridiction dans le ressort de laquelle ils sont situés, sans égard à la personne du propriétaire. » Le code civil d'Autriche contient la même disposition (§ 300) : « Les choses immobilières sont soumises aux lois du district dans lequel elles sont situées (1). » La distinction des immeubles et des meubles est un premier pas fait hors de la tradition : elle prouve que la théorie générale n'a pas de base solide ; car tout ce que l'on dit pour la réalité des statuts immobiliers, on peut le dire des statuts mobiliers.

165. La doctrine paraît unanime en faveur de la réalité des statuts immobiliers. Mais il ne faut pas attacher trop d'importance aux longues listes d'auteurs qu'on trouve cités par Fœlix. On se soumet à l'empire des lois, alors même qu'elles n'ont point de fondement rationnel, mais la doctrine de même que la jurisprudence n'ont qu'une autorité de raison : tant valent les motifs, tant valent les opinions des jurisconsultes et des tribunaux. Or, il se trouve que la plupart des légistes allemands ne donnent aucun motif à l'appui de la réalité des statuts qui concernent les immeubles. Est-ce que la réalité serait par hasard un de ces axiomes qui n'ont pas besoin d'être démontrés? Non,

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, nº 59, p. 120 de la 4e édition Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 66, § 55.

certes. Je viens de dire que la législation s'en est écartée, en matière de meubles. Pourquoi limite-t-on la réalité aux immeubles? Il faut une raison, car le droit est une science rationnelle, il ne se paye pas de mots ni d'autorités (1).

Les Français et les Anglo-Américains invoquent la souveraineté territoriale. Cette opinion a aussi des partisans en Allemagne (2), sans cependant trouver faveur. Un excellent auteur la combat en lui opposant l'objection que j'ai développée. La souveraineté s'étend aux personnes comme aux choses; cependant les personnes ne sont pas sujettes au droit territorial quand elles appartiennent à une autre nation; on leur permet de se régir par leur loi nationale. Pourquoi suit-on une loi différente pour les immeubles? La souveraineté ne donne pas l'explication de cette différence, donc il faut l'écarter du débat (3).

Savigny a une autre théorie; il dit que le principe de la réalité a le même fondement que celui de la personnalité, qu'ils reposent l'un et l'autre sur la soumission volontaire à la loi de la situation, ou à la loi du domicile (4). J'avoue que je ne comprends pas qu'en matière de lois quelconques, il puisse s'agir d'une soumission volontaire. Les lois commandent, et elles imposent l'obéissance. Qui doit obéir? Cela ne dépend certes pas de la volonté de l'homme; sa volonté est contrainte; elle n'est libre qu'en ce sens que le citoyen peut s'expatrier, et changer de nationalité, mais par cela seul qu'il change, il est obligé de suivre les lois de sa nouvelle patrie. Les immeubles ont une situation fixe, si l'on admet qu'ils sont régis par la loi du territoire, tout possesseur y est soumis, qu'il le veuille ou non. La *soumission aux lois* implique le système du consentement, c'est à dire, du contrat social. Ce n'est certes pas là l'idée de Savigny, et si on l'écarte, la théorie de la soumission volontaire n'a plus de base.

Wachter, que j'ai cité souvent dans le cours de ces

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 189 et suiv., § 59.
(2) Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 65, § 54.
(3) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 190, § 57.
(4) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 169, § 366.

Etudes, a un système différent : Quand il s'agit d'immeubles et de droits que l'on exerce dans les immeubles, la loi statue directement sur la chose, sans prendre en considération la personne; dès lors il faut écarter la loi personnelle et s'attacher à la loi réelle (1). Ainsi le fondement de la réalité serait la volonté du législateur. Je réponds que la volonté, comme telle, n'est pas une raison ; le législateur ne dit point comme la dame romaine : « Je le veux, je l'ordonne; que ma volonté tienne lieu de raison. » En tout cas, la doctrine qui invoque la volonté du législateur doit dire pourquoi il veut que le statut qu'il porte sur les immeubles soit réel plutôt que personnel.

Bar trouve cette raison dans la nature même des droits que l'on exerce dans les immeubles; on les exerce sur les lieux, donc on les doit exercer d'après la loi du lieu (2). N'est-ce pas au fond la souveraineté territoriale? Cependant l'auteur la repousse. De ce que j'exerce un droit dans un immeuble, doit-on conclure que ce droit est régi par la loi locale? Cela dépend de la nature du fait juridique qui est l'objet du débat. Le mineur étranger a-t-il une hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés à l'étranger? Cette question ne se décide pas par la loi territoriale, elle se décide par la loi personnelle. Le droit local de Belgique n'a rien à dire dans ce cas ; la loi locale donne une hypothèque au mineur étranger, néanmoins il n'en jouira pas si sa loi personnelle la lui refuse. L'hypothèque légale, qui appartient au mineur étranger, doit-elle être spécialisée et rendue publique, conformément à la loi territoriale? Oui, parce que ce statut est réel? Pourquoi? Parce que la spécialité et la publicité sont prescrites dans l'intérêt du crédit ; tandis que la question de savoir si le mineur a telle ou telle garantie est de droit privé. Telle est la raison qui détermine le législateur. Les droits de la société sont-ils en cause, le statut sera réel. S'agit-il de droits et d'intérêts privés, le statut sera personnel. Ce n'est donc ni la chose, ni la seule volonté du législateur

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 199 n° 2.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 190-194, § 58.

qui décideront. Le statut concernant les immeubles n'est pas réel par l'unique raison qu'il s'agit d'immeubles; car les jurisconsultes allemands admettent que le statut des successions est personnel. Ce n'est pas non plus la seule volonté du législateur, car sa volonté se détermine tantôt par des considérations d'intérêt général, qui emportent la réalité du statut, et tantôt par des considérations d'intérêt privé, qui rendent le statut personnel. Un seul et même article de notre loi hypothécaire dispose que l'hypothèque est un droit réel et indivisible : le premier caractère de l'hypothèque dépend du statut territorial, comme tout le régime hypothécaire : le second dépend de la volonté des parties contractantes, et en ce sens, il dépend du statut personnel.

166. Ces discussions théoriques ont assez peu d'importance, il faut voir à quoi elles aboutissent. A s'en tenir à la théorie, on croirait que tout statut concernant des immeubles est réel; et logiquement il faudrait même étendre ce principe aux meubles. En fait, les Allemands professent une doctrine qui se rapproche de la mienne bien plus que de celle des anciens réalistes. Mittermaier est tout entier dans cet ordre d'idées; à tel point que l'on pourrait croire que je lui ai emprunté le principe qui domine dans ces Études. La vérité est que je viens seulement de lire ce que je vais rapporter. Si j'en fais la remarque, ce n'est pas pour revendiquer une initiative ou une originalité qui n'aurait d'intérêt que pour ma vanité ; il y a un intérêt plus élevé que ces misérables préoccupations, c'est celui de la science. Or, rien n'est plus important que de voir des hommes qui ne se connaissent point, qui écrivent indépendamment l'un de l'autre, se réunir dans les mêmes idées; cela prouve qu'il y a un courant d'idées générales, fruit d'un travail séculaire de tous ceux qui nous ont précédés, et dont nous recueillons l'héritage, en y ajoutant notre part d'efforts; et cela prouve aussi quelle est la tendance à laquelle obéit la science du droit civil international : elle est décidément en faveur de la personnalité.

Mittermaier demande s'il y a un motif rationnel qui justifie le principe de la réalité de tout statut immobilier.

Il n'en trouve qu'un seul, c'est l'intérêt général. Cela est d'évidence quand il s'agit du droit d'hypothèque, le régime hypothécaire ayant un lien intime avec les plus graves intérêts de la société. Cela est encore certain des servitudes, puisqu'elles ont pour but d'augmenter l'utilité des fonds au profit desquels la charge est établie. Il est presque inutile de citer la publicité des transactions immobilières. Est-ce à dire que toute loi relative aux immeubles soit fondée sur un intérêt général ? Qu'on veuille bien m'expliquer, dit Mittermaier, quel intérêt il y a, pour un État où sont situés les immeubles d'une hérédité, à ce que ces biens soient recueillis par l'oncle ou par le neveu du défunt ? On aboutit à des conséquences vraiment ridicules quand on pousse le statut réel jusque dans ses dernières conséquences. Je donne un immeuble situé dans un pays où les donations ne peuvent être révoquées pour cause d'ingratitude, tandis que la loi personnelle des parties contractantes les déclare révocables de ce chef. Dira-t-on que la loi de la situation décidera si la donation sera révoquée ou ne sera pas révoquée pour une cause essentiellement personnelle (1) !

Voilà bien notre principe : c'est l'intérêt général, ou le droit de la société qui détermine la nature du statut et le rend réel. Les anciens légistes enseignaient que la capacité d'aliéner ou d'acquérir un immeuble était régie par la loi de la situation des biens. Cela était très logique dans le système de la souveraineté territoriale, absolue, exclusive de toute autre loi. Qu'en pense Savigny ? Il range cette opinion parmi les erreurs de la doctrine traditionnelle. Quelle que soit la capacité ou l'incapacité, elle forme une dépendance de l'état, donc un statut personnel (2). Partant il est inexact de poser comme règle que toute loi relative à des immeubles est réelle.

Les réalistes admettaient comme règle universelle la réalité des statuts immobiliers. D'Argentré soutenait

(1) Mittermaier, *Die Lehre von der Collision der Gesetze*, dans la Kritische *Zeitschrift*, t. XI, p. 272.

(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 151 et suiv., § 367.

contre Dumoulin qu'il fallait appliquer la règle au régime matrimonial, à défaut de conventions expresses. Wachter dit que le statut est personnel. Les donations entre époux, réelles d'après les réalistes, dépendent du statut personnel, d'après le jurisconsulte allemand. Il en est de même de l'usufruit légal des père et mère; dans l'ancien droit, Bouhier était à peu près le seul qui se prononçât pour la personnalité; Wachter déclare le statut personnel, quoiqu'il soit l'œuvre du législateur, qui frappe directement les biens d'un droit réel. Le statut des successions, dont la réalité n'était pas contestée au seizième siècle, est devenu, dans l'opinion commune des jurisconsultes allemands, un statut personnel; ce qui ne les empêche pas de le déclarer réel quand l'intérêt général est en cause. Ainsi, dit Wächter, les majorats dépendent du statut de la situation des biens, parce que le but du législateur est exclusivement politique. De même, si la loi du lieu où les biens sont situés exige que la transmission par voie d'hérédité soit rendue publique, le statut des successions cesse d'être personnel pour devenir réel. Les réalistes appliquaient le statut de la situation, même aux formes extrinsèques; Wächter enseigne que les formes instrumentaires n'ont rien de commun avec la situation des biens (1).

C'est en tout la doctrine que je viens d'enseigner. Je n'entends pas dire qu'il y ait accord sur les principes. C'est précisément sur le principe qu'il y a divergence. Reste à savoir de quel côté est la logique des idées. L'inconséquence témoigne toujours contre la doctrine qui est obligée d'être inconséquente. Les Allemands maintiennent le principe traditionnel de la réalité, et ils abandonnent la tradition dans les applications les plus importantes que les réalistes faisaient du statut réel. Cela ne prouverait-il pas que le principe traditionnel est faux, ou du moins qu'il doit être modifié et transformé? Je le modifie plutôt que je ne le rejette. La souveraineté, dans son domaine, doit être tout, elle ne souffre pas de contradicteurs. Rien

(1) Wachter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 362 et suivantes.

de plus vrai. Mais ce domaine n'embrasse pas tout, personnes et biens, comme le disaient les vieux légistes. En ce point il s'est opéré une transformation dans nos idées ; la révolution doit réagir sur la théorie du droit international privé.

§ IV. — *Le droit italien.*

167. Le code italien pose comme règle, en apparence, absolue, que les biens immeubles sont soumis à la loi du lieu où ils sont situés (1). Mais ici, comme dans la doctrine des auteurs, les apparences trompent. D'abord, la règle de l'article 7 reçoit une grave modification par l'article 8, aux termes duquel les successions sont régies par la loi nationale de la personne du défunt. Comment se fait-il que le législateur italien, rejetant la conséquence la plus importante qui découle du principe de la réalité du statut immobilier, ait néanmoins maintenu le principe ? Les auteurs italiens ne s'accordent pas sur le sens qu'il faut donner à l'article 7. Mancini semble y voir une inconséquence, qu'il attribue à l'autorité d'une tradition séculaire. Une inconséquence, en droit, n'a aucune valeur, elle témoigne plutôt pour le principe auquel elle déroge sans raison suffisante. Le code d'Italie est fondé sur le principe de nationalité, qui se confond avec la personnalité humaine. Logiquement, la personnalité embrasse toutes les relations d'intérêt privé, celles qui concernent les biens comme celles qui concernent les personnes. A vrai dire, les lois ne s'occupent jamais que des relations juridiques des personnes, par l'excellente raison qu'il n'y a point de rapport de droit entre une personne et une chose ; ce ne sont pas les biens qui figurent dans les instances judiciaires, ce sont les personnes ; de là suit que la loi de la personne domine tous les rapports, alors même qu'il est question de droits sur les biens. Mais ce principe n'est pas absolu ; il doit se concilier avec un autre principe, qui sauvegarde les droits de la société. Les lois sur les biens

(1) Dispositions préliminaires, art. 7.

sont souvent dictées par un intérêt économique, politique ou moral; ces lois sont, de leur essence, absolues, elles l'emportent sur tout statut qu'on voudrait leur opposer. Telle est la théorie qu'enseigne un professeur italien dans un ouvrage intitulé : *La logique du droit* (1). C'est, au fond, la doctrine de Mittermaier que je viens d'exposer (n° 166). En théorie, je la crois irréprochable. Reste à savoir si elle peut se concilier avec le texte du code italien.

168. Fiore dit que l'article 7 du code italien n'a point le sens qui s'attache à l'article 3 du code Napoléon. Les auteurs du code civil ont entendu consacrer la tradition; l'article 3 est la définition du statut réel, tel qu'on l'entendait dans l'ancien droit : toute loi relative aux immeubles est réelle, partant le statut des successions dépend de la situation des biens. Le code italien, au contraire, a rompu avec la tradition; l'article 8 le prouve en soumettant les successions à la loi nationale du défunt; de même que l'article 9 déclare personnel le statut des conventions. Il ne faut pas isoler l'article 7 des dispositions qui l'expliquent et le limitent. En disant que les biens sont régis par la loi de la situation, le code italien a en vue les lois d'intérêt public, agricole, industriel, politique qui régissent les immeubles. Viennent ensuite les dispositions relatives aux intérêts privés; le code décide qu'ils sont régis par la loi personnelle des parties intéressées (2). C'est la distinction que j'ai faite dans tout le cours de ces Études et que j'appliquerai, dans la partie spéciale, aux diverses matières de droit privé. Est-elle conciliable avec le texte du code italien? J'en doute. Au point de vue des principes, cela est indifférent. La puissance des principes ne tient pas à la consécration que le législateur leur donne; les idées ont une force qui leur est propre et qui l'emporte sur toute autorité extérieure; le droit est antérieur à la loi, et il est au-dessus des lois; il finira par les transformer.

(1) Pescatore, *Logica del diritto*, Part. II, c. 17, § 43, p. 323-325.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 270, n° 195 et 196

Lomonaco n'est point de cet avis. Il prend l'article 7 au pied de la lettre, dans le sens que lui donne la tradition universelle et il rejette formellement l'opinion que j'ai enseignée dans mes *Principes de droit civil*. En apparence, il y a antinomie absolue entre la doctrine traditionnelle et la mienne; en réalité, le débat est presque une querelle de mots. Les formules générales ne nous apprennent rien, je viens d'en donner la preuve; les auteurs allemands disent, comme le législateur italien, que les lois relatives aux immeubles sont un statut réel, et dans l'application, ils sont d'accord avec les partisans de la personnalité. Il en est de même de Lomonaco; il cite comme statuts réels des lois auxquelles j'ai reconnu le même caractère. Tel est le régime hypothécaire (1). Personne ne conteste qu'il soit d'intérêt général et qu'à ce titre il forme un statut réel. Est-ce par la raison qu'il a pour objet des immeubles? Non, car la loi hypothécaire traite aussi des priviléges mobiliers; et qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, les priviléges dépendent du statut réel, parce qu'ils sont d'intérêt public, comme toute cause de préférence entre créanciers. De là ne suit pas que tous les articles de la loi hypothécaire forment un statut réel. Il faut donc laisser de côté la distinction des biens et établir un principe qui gouverne toutes les relations juridiques : les lois d'intérêt social sont réelles, tandis que les lois d'intérêt privé sont personnelles.

ARTICLE II. LOIS QUI CONCERNENT LES MEUBLES.

§ I. *Le droit français.*

169. C'était une maxime de nos coutumes que « meubles suivent le corps ou la personne. » De là, l'opinion commune dans l'ancien droit français que les lois qui régissent les meubles forment un statut personnel. On est assez d'accord, dit Bouhier, que les meubles, encore qu'ils se trouvent hors du territoire de la coutume où le proprié-

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 106, 111 et suiv.

taire est domicilié, la disposition ne laisse pas d'en être réglée par cette coutume. La raison en est que les meubles n'ayant aucune assiette fixe, on suppose, par une *fiction légale*, qu'ils sont tous au domicile de celui à qui ils appartiennent (1). — La *fiction* dont parle Bouhier était nécessaire pour concilier la personnalité du statut des meubles avec la maxime du droit français qui réputait *réelles* toutes les lois ayant pour objet principal les choses, sans distinguer si les biens étaient mobiliers ou immobiliers. Quant aux immeubles, il n'y avait aucune difficulté; ils ont une situation véritable et ils sont régis par la loi de cette situation. Il n'en était pas de même des meubles; ils n'ont pas de situation fixe, puisqu'ils suivent la personne, mais on feignait qu'ils se trouvaient là où la personne réside, quand même de fait ils ne s'y trouveraient point. Grâce à cette fiction, on pouvait dire que les meubles ainsi que les immeubles étaient régis par la coutume du lieu où ils étaient situés (2).

170. Il n'y a pas de fiction sans loi; le législateur seul peut créer une fiction. Quelle est la loi qui établit la fiction du statut mobilier? Dans l'ancien droit, la fiction s'était introduite par la doctrine et la jurisprudence qui tenaient lieu de loi; c'était une explication du statut personnel que l'on admettait pour les meubles, plutôt qu'une fiction légale. Le code Napoléon a-t-il donné force de loi à cette opinion doctrinale? Fœlix se contente de généralités. Chaque personne, dit-il, étant *légalement* censée avoir réuni sa fortune au lieu de son domicile, c'est-à-dire, au siége principal de ses affaires, on a toujours regardé en droit les meubles comme se trouvant au domicile de celui à qui ils appartiennent; par une *fiction légale*, on les considère comme suivant la personne et comme étant soumis à la même loi qui régit l'état et la capacité de la personne (3). Cette théorie n'a d'autre fondement que la défi-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXI, n° 172 et chap. XXV, n° 2 et suiv.
(2) Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introduction générale, n° 21 et 23.
(3) Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, n° 61, p. 126 de la 4e édition.

nition que l'article 102 du code Napoléon donne du domicile : en disant que le domicile est le lieu où une personne a son principal établissement, la loi ne crée certes pas une fiction; elle ne dit pas ce qu'on lui fait dire, que la personne est *censée légalement* avoir réuni sa fortune à ce lieu; elle suppose, au contraire, que la personne a plusieurs établissements et que ses biens se trouvent en plusieurs lieux; et elle se borne a décider que le domicile sera là où se trouve le principal établissement. Cette définition du domicile n'a rien de commun avec le statut des meubles, on pourrait en induire tout aussi bien que les immeubles sont régis par la loi du domicile, car l'établissement dont parle l'article 102 se rattache a un immeuble et non aux meubles.

Il faut chercher ailleurs le fondement légal de la fiction traditionnelle. Peu importe comment elle s'est établie : elle était universellement admise; reste à savoir si le code Napoleon l'a maintenue. La commission chargée de rédiger un projet de code civil avait formulé le principe traditionnel dans le Livre préliminaire (tit. IV, art. 5) : « Le mobilier du citoyen français résidant à l'étranger est réglé par la loi française comme sa personne. » On sait que ces principes généraux sur les lois furent retranchés; ils attestent néanmoins que les auteurs du code partageaient les idées qui régnaient dans la doctrine et dans la jurisprudence avant 1789. C'est dans cet esprit que fut rédigé l'article 3 du code Napoléon. Il ne parle que du statut des immeubles, il ne dit rien du statut des meubles. Que conclure du silence de la loi ? On ne peut certes pas en induire que le législateur, en disant que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, a entendu soumettre les meubles à la loi de la personne. Merlin a raison d'écarter une pareille argumentation qui serait plus qu'étrange. Le silence de la loi ne nous fait pas connaître par lui seul la volonté du législateur. Mais dans la matière des statuts, nous avons plus que le silence de la loi; elle a parlé dans l'article 3, en consacrant la distinction que faisait le droit traditionnel des statuts en personnels et en réels, et les auteurs du code ont ajouté la

déclaration importante que la théorie des statuts était reproduite telle qu'elle était admise dans l'ancien droit (n° 40). La tradition est donc le complément de l'article 3. En ce sens on peut dire que le code civil, en maintenant le statut réel pour les immeubles, a maintenu implicitement le statut réel fictif que l'ancien droit avait imaginé pour les meubles.

Merlin fait une autre remarque qui est tout à fait dans l'esprit du droit traditionnel. Il lui répugne d'admettre une fiction légale sans loi. Ce qui, dans l'espèce, augmente son scrupule, c'est qu'il s'agit d'une fiction universelle; le Français peut posséder des objets mobiliers dans toutes les parties du monde, et il en est de même de l'étranger qui possède des meubles en France et ailleurs. Ne faudrait-il pas une loi dans chaque pays pour consacrer la fiction à laquelle on reconnait un empire universel? Merlin a recours à la courtoisie internationale qui joue un si grand rôle dans la doctrine traditionnelle des statuts. Les Etats se prêtent, par courtoisie, à appliquer les lois étrangères qui règlent l'état et la capacité des personnes : pourquoi ne feraient-ils pas de même quand il s'agit du statut qui régit leur mobilier? A ce point de vue, le silence du code civil devient significatif. En effet, la fiction qui assignait aux meubles une situation au lieu du domicile était universellement admise; toutes les nations étaient d'accord; fondée sur l'assentiment universel, elle formait une de ces règles du droit international que les peuples suivent sans qu'elles soient écrites dans une loi (1). La règle, tacitement admise, a passé avec ce caractère dans le nouveau droit. Sans doute mieux eût valu l'écrire dans le texte du code civil; mais, à défaut de texte, on peut invoquer l'esprit général de la législation française. On sait le peu de prix que l'ancien droit attachait aux meubles : *vilis mobilium possessio*. Bien qu'on fait, les choses soient bien changées, c'est toujours ce préjugé traditionnel qui règne dans nos lois. Si l'on rapportait le statut des meubles à la loi qui régissait la personne, cela tient encore au dédain que l'on profes-

(1) Schaffner, *Entwickelung des internationale Privatrechts*, p. 31 et note 2.

sait pour les effets mobiliers. Qu'importait au législateur que ces choses viles fussent régies par une loi étrangère, quand elles appartenaient à un étranger? La puissance souveraine n'y était pas intéressée; elle s'étendait sur les immeubles, cela lui suffisait, car ce sont les immeubles qui constituent le territoire et non les meubles; or, la souveraineté est essentiellement territoriale. Telle est aussi la théorie du code civil, comme Portalis l'a exposée. Le statut fictif des meubles est donc en harmonie avec la base sur laquelle repose la théorie des statuts. Merlin finit par se prononcer, non sans hésitation, en faveur de la fiction traditionnelle (1). Je crois que c'est la bonne doctrine. La question a une grande importance en matière de succession; les immeubles sont régis par la loi territoriale, tandis que, pour les meubles, on suit la loi de la personne. La conséquence était étrange; au point de vue des principes, c'était une inconséquence, mais l'inconséquence était un premier pas hors de la tradition; elle a conduit les jurisconsultes allemands et le législateur italien à étendre le statut personnel à toute l'hérédité. C'est un grand progrès dans le développement de la science du droit international privé.

171. L'opinion de Merlin n'est pas universellement reçue. Il y a des auteurs qui admettent la réalité du statut des meubles, par la même raison pour laquelle le code Napoléon dispose que la loi française régit les immeubles appartenant aux étrangers. Quel est le fondement du statut réel? C'est la doctrine de la souveraineté une et indivisible. Eh bien, les meubles ne sont-ils pas, comme les immeubles, soumis au souverain du pays où ils se trouvent? Qu'importe qu'ils ne fassent pas partie du sol? Cela n'empêche pas qu'ils soient sous la main de la puissance publique là où ils se trouvent. On dit qu'ils sont ambulatoires et qu'ils n'ont pas de situation véritable. C'est une fiction qui sert de base à une fiction. La vérité est que les meubles ont toujours une situation, quoiqu'elle puisse ne pas être permanente. Mais de ce qu'ils changent de place, peut-on conclure qu'ils n'ont pas

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° 3. Comparez Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 132 et les notes de Demangeat.

de place? Les meubles ont donc une situation dans le pays où ils se trouvent, partant la souveraineté territoriale doit s'étendre aux meubles, sinon elle ne sera plus entière; et l'on dit cependant qu'il est de son essence d'être indivisible (1). L'argumentation est excellente au point de vue de la théorie; mais nous sommes sur le terrain de la loi positive et peut-on séparer le code civil de la tradition, dans une matière toute traditionnelle, alors que les auteurs du code, imbus du droit traditionnel, ont entendu le consacrer?

On a essayé de tourner la tradition contre l'opinion qui s'y appuie. Dans l'ancien droit, on appliquait le statut mobilier, de province à province, et aux regnicoles seulement; les étrangers, exclus par le droit d'aubaine, n'en profitaient point; tandis qu'aujourd'hui la fiction s'appliquerait exclusivement entre les nations et au profit des étrangers. Or, les fortunes mobilières prennent chaque jour plus d'importance : comprend-on qu'une masse de capitaux, placés d'ordinaire en rentes sur l'État, soit régie par une législation étrangère et, par suite, soumise à des règles incompatibles avec les principes du droit français (2)? Ces considérations sont très justes, mais elles ne sont point décisives. On pourrait les appliquer aux personnes comme aux biens; de ce que le débat s'élève aujourd'hui entre étrangers, au lieu que jadis il existait entre indigènes, on ne peut pas conclure que les auteurs du code aient entendu s'écarter de la tradition, alors qu'ils ont maintenu le droit traditionnel concernant les meubles, dans toutes ses applications. La doctrine que je combats ne tient pas compte du motif pour lequel on a imaginé la fiction du statut personnel pour les meubles; si l'on avait suivi la loi de la situation véritable, on aurait eu autant de successions diverses qu'il y a de capitaux placés dans des pays divers : l'inconvénient, qui était déjà sensible jadis, prendrait aujourd'hui des proportions im-

(1) Marcadé, *Éléments du droit civil français*, t. I, p. 80, n° 6 de l'article 3 du code civil.

(2) Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire du Code civil*, t. I, p. 15, n° 26 de l'article 3.

menses, par suite des relations qui se forment entre les habitants de toutes les parties du monde.

La jurisprudence s'est divisée comme la doctrine. J'ai cité, en traitant du statut des successions, les arrêts qui ont consacré l'opinion de Merlin. Il y a d'autres arrêts qui se sont prononcés en faveur de la réalité du statut mobilier. Que les meubles soient régis par le statut du du domicile, cela se conçoit, dit-on, sous l'empire des coutumes, d'une province à l'autre, mais toutes soumises à la même souveraineté; mais la fiction ne saurait s'étendre à des Etats soumis à une souveraineté différente. La cour de Rouen a décidé en conséquence que des biens, meubles comme immeubles, qui se trouvaient en Russie, étaient tous valablement acquis à l'héritier envoyé en possession de ces biens, en vertu des lois et des jugements russes (1). De même la cour de Riom a jugé que la succession mobilière d'un étranger devait être régie par la loi française pour les meubles qui se trouvaient en France (2).

172. Il y a une troisième opinion. On tient compte de la courtoisie invoquée par Merlin; mais, si la France est disposée à se montrer courtoise envers l'étranger, c'est à condition que l'étranger se montre aussi courtois envers elle. Permet-il à la loi française de régir le mobilier qui appartient au Français résidant à l'étranger, elle témoignera la même bienveillance pour la loi étrangère, et on permettra de suivre le mobilier comme la personne de l'étranger en France. Les codes de Prusse et d'Autriche admettent le statut personnel de l'étranger pour son mobilier; nous l'admettrons par réciprocité pour le mobilier que les Prussiens et les Autrichiens possèdent en France. Le code bavarois applique le statut réel aux meubles qu'un étranger possède en Bavière; on appliquera, en France, le statut français au mobilier qu'un Bavarois y possède, si un intérêt français se trouve engagé dans le débat (3). J'ai d'avance repoussé cette doctrine, en combattant les principes sur lesquels elle repose. Le droit n'est pas une

(1) Rouen, 25 mai 1813 (Sirey, 1813, 2e partie, page 233.
(2) Riom, 7 avril 1835 (Sirey, 1835, 2e partie, page 374
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 186, n° 116.

affaire de courtoisie et le droit ne se confond pas non plus avec l'intérêt (1). Expression de la justice éternelle, autant que les hommes, dans leur imperfection, la comprennent, le droit ne peut pas varier selon les convenances de chaque peuple et bien moins encore selon l'intérêt des plaideurs. C'est une dérision, ou, comme on l'a dit de l'arrêt de la cour de la Louisiane, une monstruosité que le droit variant d'après l'intérêt des nationaux (2). La réciprocité est également un faux principe (3); on le voit par l'application que l'on en fait aux statuts. Pourquoi le code bavarois a-t-il maintenu la réalité du statut mobilier? Parce qu'il a été rédigé à une époque où l'esprit féodal dominait encore dans les lois. La France a aboli la féodalité civile et l'on veut qu'elle rétrograde jusqu'au moyen âge, par réciprocité? Ainsi la loi française serait tout ensemble féodale à l'égard des Bavarois et personnelle à l'égard des Autrichiens et des Prussiens! Justice oblige. Si le législateur français trouve que le principe de la personnalité est juste, il est obligé de l'appliquer à tous les étrangers, sans considérer si le législateur étranger est un retardataire du douzième siècle.

173. Il reste une difficulté dans l'opinion qui admet la personnalité du statut. Quel est le statut personnel en cette matière? Est-ce le statut national ou est-ce le statut du domicile? J'ai posé comme règle que le statut personnel dépend de la nationalité. On prétend que, dans l'espèce, il faut suivre la loi du domicile. En effet, il s'agit de déterminer la situation fictive des meubles; qu'est-ce que la nationalité a de commun avec cette fiction? Si les meubles sont censés se trouver au domicile du propriétaire, c'est parce que là est le siége de ses affaires, de sa fortune, de ses intérêts; c'est, par conséquent, la loi de ce domicile qui doit régir le mobilier (4). N'est-ce pas là une confusion d'idées? Ce n'est pas la fiction de la situation fictive des meubles qui

(1) Voyez le tome Ier de ces Études, p. 573, § 3, et ci-dessus nº 78.
(2) Voyez plus haut nº 77.
(3) Voyez ci-dessus, p. 91, § II.
(4) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 127, note *a* et p. 133, note 2. Comparez Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 243, nº 79.

a créé le statut personnel du mobilier; la fiction a été imaginée pour expliquer et justifier la personnalité du statut. Le statut est-il réel ou personnel? Telle est la difficulté; il y avait tant d'inconvénients à le déclarer réel, qu'on se prononça en faveur de la personnalité. C'était une dérogation à la maxime qui réputait toute coutume réelle; on eut recours à la fiction de la situation pour la justifier. Mais une fois la situation admise, reste à déterminer la loi de la personne? Est-ce d'après le domicile? Est-ce d'après la nationalité? L'ancien droit suivait la loi du domicile parce que les questions de statut ne concernaient guère que les provinces d'un même Etat; aujourd'hui elles interessent les nations, donc il faut s'attacher à la loi nationale.

173 *bis*. La règle que les meubles sont régis par la loi personnelle ou nationale n'est pas absolue; ceux-là mêmes qui l'admettent reconnaissent que l'on doit parfois appliquer la loi de la situation. Comment savoir dans quels cas il faut suivre le statut personnel et dans quels cas il faut suivre le statut réel? On répond d'ordinaire que les meubles sont régis par le statut personnel quand il s'agit d'une universalité de biens, et par le statut réel quand il s'agit de meubles déterminés (1). Il est vrai que l'application la plus importante du statut mobilier se fait en matière d'hérédité; mais faut-il faire de ce cas particulier une règle? La règle serait en opposition avec le motif sur lequel repose la situation fictive des meubles, ils suivent la personne, dit-on, donc ils doivent être soumis à la loi de la personne. Or, ce n'est pas l'universalité du mobilier qui suit la personne, ce sont des meubles déterminés. Le titre universel ou le titre particulier ne peut donc pas décider de la qualité du statut. Je ne vois d'autre raison de decider que le principe qui domine toute la matière Les biens comme les personnes sont régis par la loi personnelle, parce que toutes les relations, en droit, sont des relations de personnes. Mais cette règle n'est appli-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 130 et 134 de la 4e édition. Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 82.

cable que lorsqu'il s'agit de rapports d'intérêt privé. Quand le droit de la société est en cause, la loi territoriale doit recevoir son application. Cette règle est absolue et universelle. Il reste à voir si les exceptions que l'on admet à la personnalité du statut mobilier rentrent dans cet ordre d'idées.

Merlin demande si les meubles possédés par un étranger en France ne pourront être saisis par ses creanciers qu'autant que la loi de son pays ne les déclarera pas insaisissables, et qu'en observant les formalités prescrites par cette loi? Non, certes, dit-il. La raison en est, d'après Merlin, que lorsqu'il s'agit de droits à exercer par des tiers sur des meubles, ce n'est plus le domicile du possesseur que l'on considère; on n'a égard qu'au lieu où ils se trouvent; et comme le juge du lieu où ils se trouvent est seul compétent pour connaître de la saisie, c'est aussi par la loi du même lieu qu'il doit décider si la saisie est bien ou mal faite. Si telle était la vraie raison de décider, elle se rattacherait déjà à un intérêt social, puisque la compétence est d'intérêt public, mais elle ne l'est pas toujours; il vaut donc mieux l'écarter, d'autant plus qu'il n'y a point de rapport entre la compétence et la nature du statut. Il y a un motif péremptoire qui justifie la décision de Merlin, et ce motif explique aussi la réalité du statut par l'intérêt de la société : la saisie est une loi de procédure, et la procédure est de droit public. C'est dire que la puissance souveraine est en cause, et quand la souveraineté territoriale est engagée, on ne tient plus compte des lois étrangères. Qui saisit? Des officiers publics, agents de la puissance souveraine. Que peuvent-ils saisir? Ce que la loi, au nom de laquelle ils agissent, leur permet de saisir. Dans quelle forme doivent-ils procéder? D'après la forme que la loi leur prescrit. Tout est donc d'intérêt social, en cette matière; partant le statut est réel. Par la même raison, dit Merlin, la loi française décidera seule si un effet mobilier qu'un étranger a possédé en France et qui de ses mains a passé dans celles d'un autre possesseur, est ou non sujet à revendication de sa part, et si le nouveau possesseur l'a prescrit ou non. Le mot de *prescription*, que

Merlin prononce, est décisif. S'il y a une loi où l'intérêt, disons mieux, le droit de la société domine, c'est celle qui établit la prescription; car elle dépouille de son droit de propriété celui à qui la chose appartient, pour l'attribuer au possesseur ; et elle ne peut le faire qu'au nom du droit social, qui domine le droit de l'individu. Il y a encore un autre motif, également d'intérêt général, qui justifie l'opinion de Merlin. Le principe de l'article 2279 (C. Nap.) qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, est fondé sur l'intérêt du commerce, ce qui est un intérêt vital pour l'Etat; dès lors un étranger ne peut être admis à se prévaloir de son statut personnel pour revendiquer un objet mobilier, alors que le code, dans l'intérêt du commerce, défend la revendication : ce serait sacrifier l'intérêt de la société aux convenances d'un étranger, ce qui est absurde.

Enfin, dit Merlin, il y a une exception qui dérive de la nature de la souveraineté : voilà une raison décisive pour déclarer le statut réel. C'est l'application directe de mon principe. Reste à prouver que la souveraineté est en cause. La succession en déshérence appartient à l'Etat où les meubles se trouvent et non à l'Etat auquel le défunt appartient. Ici il y a cependant un motif de douter : l'Etat ne succède-t-il pas comme héritier, ou du moins comme successeur irrégulier? Dès lors, il semblerait qu'il peut invoquer le statut personnel aussi bien que tout autre successeur *ab intestat*. Merlin répond à l'objection. Ce n'est pas comme parent ou allié que l'Etat succède ; il n'a aucune qualité pour succéder, car il n'y a aucun lien d'affection entre lui et le défunt. Si la loi lui attribue la succession en déshérence, c'est par application de la règle que les biens vacants et sans maître appartiennent au domaine public, et ce principe est d'intérêt général, puisqu'il a pour but d'empêcher les voies de fait. Cela décide la question en faveur de la réalité du statut (1).

174. Les cas que Merlin énumère ne sont que des exemples; il n'est pas entré dans sa pensée de restreindre la réalité du statut mobilier aux cas qu'il cite. C'est l'ap-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° 3.

plication d'une règle générale : tout statut concernant les droits de la société est réel. Je reviendrai sur ce principe, qui est fondamental dans le droit international privé; il s'applique au statut des meubles comme à tout autre statut. Tels sont les droits réels qui grèvent des meubles situés ou se trouvant en France. Le code Napoléon admet des priviléges mobiliers, et il ne permet pas de constituer des hypothèques sur des meubles. Un étranger pourrait-il réclamer un droit de préférence sur des meubles situés en France, en vertu d'un contrat d'hypothèque qu'il aurait fait conformément à son statut personnel? Il est certain qu'en France, de même qu'en Belgique, il ne pourrait consentir une hypotheque sur un objet mobilier. En effet, le code Napoléon dispose que « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi » (art. 2115), et cette disposition est reproduite par la loi hypothécaire belge (art. 42). Vainement l'étranger dirait-il que l'article 2115 concerne les Français; il s'agit d'un statut réel, car le régime hypothécaire, et notamment la règle de l'article 2115, sont établis dans l'intérêt du crédit public et particulier, donc dans un intérêt social; partant le statut est réel, et l'étranger y est soumis, aussi bien que l'indigène. Il faudrait le décider ainsi quand même le contrat aurait été fait à l'étranger, dans un pays où les meubles peuvent être hypothéqués : la convention ne pourrait recevoir son exécution en France, puisque la loi personnelle se trouve ici en opposition avec un statut réel. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où un vaisseau avait été hypothéqué en Angleterre, conformément à la loi anglaise, et le vaisseau se trouvait dans un port de France. Les créanciers hypothécaires anglais prétendaient exercer un droit de préférence sur la chose hypothéquée, au préjudice des créanciers chirographaires français. La cour de Rouen donna gain de cause aux créanciers chirographaires, mais par des motifs très contestables. Elle pose comme règle que les meubles sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent. Cela est au moins douteux, puisque la doctrine et la jurisprudence sont divisées, et l'arrêt ne dit rien pour justifier le principe

qu'il formule en termes absolus, sinon que l'article, 3 qui déclare réel le statut des immeubles, doit être appliqué par analogie aux meubles, puisqu'il y a même motif de décider ; la cour ne dit rien de la tradition, dont on doit tenir compte dans une matière qui est de droit traditionnel. L'arrêt invoque encore l'intérêt français, comme le fait Demolombe. Sur le pourvoi en cassation, la chambre des requêtes prononça un arrêt de rejet, mais sans approuver les motifs de l'arrêt attaqué; elle donne plutôt raison au pourvoi. Quelle est l'induction que l'interprète doit tirer du silence que l'article 3 garde sur les meubles? Tout ce que l'on en peut induire, dit la cour suprême, c'est que les meubles, dans la pensée du législateur, sont régis par la loi personnelle, mais on n'en peut pas conclure que les meubles doivent être toujours et nécessairement soumis à la loi étrangère; il n'en saurait être ainsi, tout au moins dans les questions de *possession*, de *priviléges* et d'*exécution*, c'est-à-dire dans les cas où nous disons que l'intérêt général est en cause. La cour ne donne pas ce motif, qui est cependant la raison déterminante, et qui justifie la décision de la cour de Rouen au fond, quoique les raisons qu'elle alléguait fussent mauvaises (1).

§ II. — *Le droit étranger.*

175. Les Anglo-Américains sont des réalistes par excellence; ils n'admettent pas même la personnalité des statuts qui règlent l'état et la capacité des personnes, sauf par courtoisie internationale, disons mieux, quand leur intérêt n'est pas en jeu. Cependant ils suivent, en matière de meubles, la loi du domicile, c'est-à-dire, la loi personnelle, puisqu'ils déterminent la loi de la personne par son domicile (2). La différence que la *common law* établit, sous ce rapport, entre les *meubles* et les *immeubles* est marquée jusque dans la terminologie légale; on appelle la propriété mobilière *personal property*, pour indiquer qu'elle est attachée à la personne, et par conséquent régie

(1) Rejet, 19 mars 1872 (Dalloz, 1874, 1, 465).
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 482, § 383 de la 7e édition.

par la loi de la personne, et l'on donne le nom de *real property* à la *propriété immobilière*, qui est régie par la loi du *sol* ou du *territoire*. Quelle est la raison de cette différence entre les meubles et les immeubles, dans une législation qui est restée attachée à la maxime féodale que toute coutume est réelle?

Story rapporte les motifs que donnent les anciens jurisconsultes, français, belges, hollandais et allemands; les uns disent que les meubles suivent la personne, parce qu'ils sont destinés à son usage, d'où ils concluent que le statut qui les régit doit être le statut de la personne; les autres ont recours à une fiction en vertu de laquelle les meubles sont censés se trouver au domicile de la personne. A vrai dire, cette dernière opinion n'est qu'une explication de la première, et la justifie en la rattachant à la maxime de la réalité des coutumes. Ni l'une ni l'autre de ces opinions ne rend raison de l'exception que l'on admet à la loi territoriale : pourquoi les meubles ne sont-ils pas soumis à la loi du territoire? Story répond que c'est à cause des inconvénients qui en seraient résultés. D'abord en ce qui concerne les testaments : comment un testateur pourrait-il connaître les lois locales de tous les pays où se trouvent les effets mobiliers qui lui appartiennent? Story suppose que le testateur est un marchand, et que ses marchandises et ses créances se trouvent éparpillées dans tous les pays avec lesquels il est en relation. Il y a un inconvénient qui touche encore davantage le légiste américain, c'est que les ventes et achats seraient entravés et deviendraient presque impossibles si les parties étaient obligées de suivre la loi du lieu où les marchandises se trouvent; les marchandises voyagent, aujourd'hui elles sont en Amérique, demain elles sont en Angleterre, sans que les parties puissent savoir d'une manière précise le lieu où elles sont, ni, par conséquent, la loi qui les régit. Pour que les transactions personnelles soient possibles, il faut remplacer la loi changeante et incertaine du territoire par la loi certaine et fixe du domicile, c'est-à-dire par la loi personnelle. C'est cette utilité, dit Story, qui a fait admettre le statut personnel pour les meubles dans tous les pays civilisés : la

règle est universelle, et les juges anglais déclarent qu'elle est sans exception (1). Story explique très bien l'utilité du statut personnel pour le commerce; est-ce aussi l'intérêt du commerce qui l'a introduit? On ignore la première origine de la maxime traditionnelle, et partant les raisons qui l'ont fait établir. Dans un pays comme l'Angleterre, où le droit est féodal jusqu'à la moelle, c'est dans le régime féodal qu'il faut chercher la raison des maximes traditionnelles. La féodalité était essentiellement un régime territorial, puisque la souveraineté se confondait avec la propriété du sol; de là la règle que toute coutume est réelle, c'est-à-dire souveraine. Mais cette règle ne pouvait guère s'appliquer aux meubles; les biens mobiliers n'avaient pas d'importance; on les dédaignait, comme on dédaignait ceux qui se livraient au trafic, juifs et lombards; on ne disait pas des meubles ce que l'on disait des immeubles, qu'il n'y avait point de terre sans seigneur. En ce sens les meubles restaient en dehors du régime féodal; cela permettait aux légistes de les soumettre à une autre loi que celle du territoire. Est-ce pour faciliter les relations commerciales qu'ils introduisirent le statut personnel, ou est-ce pour simplifier la liquidation des successions mobilières? Nous l'ignorons.

176. Quand les juges anglais affirment que le statut personnel en fait de meubles est une règle universelle, ils vont trop loin. Sous l'empire des coutumes, le droit n'a point cette fixité que lui donnent les codes; il est, au contraire, essentiellement variable. Que de fois les légistes anglo-américains disent : Telle règle était admise jadis, mais la jurisprudence a changé. Cette révolution juridique est en voie de s'accomplir, en ce qui concerne le statut des meubles. Westlake, dans son traité de droit international privé (1858), remarque que la doctrine du statut personnel, appliquée aux effets mobiliers, confond deux espèces de meubles, les meubles corporels et les meubles incorporels. Les premiers seuls peuvent faire l'objet d'une propriété véritable; en effet, la propriété est un droit réel, qui sup-

(1) Story, *Conflict of laws*, §§ 376-380, p. 475-479 de la 7e édition.

pose une chose déterminée dont le propriétaire peut user et disposer à sa volonté. Il n'en est pas de même des meubles incorporels, c'est à-dire des droits; ils naissent d'une obligation, et donnent au créancier une action contre le débiteur ; on ne peut pas comparer cette action à un droit dans une chose. Pourquoi la doctrine traditionnelle n'a-t-elle pas tenu compte de cette distinction qui résulte de la nature des choses? La pratique française n'applique le statut personnel des meubles qu'au cas ou il s'agit d'une universalité, c'est-à-dire d'une succession *ab intestat* ou testamentaire, quand il s'agit de meubles déterminés, la doctrine revient a la réalité du statut. Dans le droit anglo-americain on n'applique pas le statut de la personne aux meubles incorporels; on s'en rapporte plutôt à la loi du contrat. Et pour les meubles corporels on ne suit pas non plus d'une manière invariable la loi du domicile. Westlake cite un arrêt de la cour de la Louisiane, qui a donné la préférence au statut réel; il est vrai que, d'apres son habitude, la cour américaine invoque l'intérêt des commerçants de la cité, intérêt qui serait lésé si le debat était régl. par la loi du domicile des propriétaires. Westlake regrette que la cour ait fondé sa décision sur la théorie mal famée de l'intérêt, alors qu'elle aurait pu et dû s'appuyer sur les vrais principes (1). Les principes ne sont donc pas pour le légiste anglais ce qu'ils sont pour la généralité des interprètes de la *common law;* c'est dire que la doctrine se modifie, se transforme; elle *tend* à assimiler les meubles aux immeubles, ce qui, dans le système de réalité des Anglo-Américains, est plus logique que la distinction entre les biens mobiliers et les biens immobiliers. La transformation pourrait aussi se faire dans un sens inverse, en soumettant les immeubles comme les meubles à la loi de la personne. C'est en ce sens que la doctrine traditionnelle s'est modifiée en Allemagne.

177. Les codes allemands sont l'expression de la doctrine regnante au moment de leur rédaction. Le plus ancien, le code de Bavière soumet les meubles et les im-

(1) Westlake, *Private international law* §§ 261-268, p 244 et suiv

meubles à la loi réelle ; c'est la vieille maxime de la réalité des coutumes. Le code prussien porte que la fortune mobilière d'une personne est régie par les lois de sa juridiction ordinaire, c'est-à-dire celle de son domicile. D'après le code autrichien, les biens qui ne sont pas immeubles sont soumis aux lois qui régissent la personne du propriétaire. C'est la distinction traditionnelle. Toutefois Savigny remarque qu'elle n'est pas aussi absolue qu'elle paraît l'être : les codes conçus en termes généraux ne disent pas que les meubles sont toujours et sous tous les rapports régis par la loi de la personne ; ils laissent donc une certaine latitude à l'interprète (1).

178. Les anciens jurisconsultes se prononçaient presque tous en faveur de la personnalité du statut mobilier. Savigny cite les noms les plus considérables, d'Argentré, Rodenburg, Voet, en remarquant que ce dernier fait une réserve pour les lois qui ont un caractère politique : ces lois sont réelles de leur essence. Après avoir longtemps régné dans la doctrine et dans la jurisprudence, la distinction des meubles et des immeubles finit par être rejetée ; la plupart des jurisconsultes allemands soumettent les meubles et les immeubles à la même loi, celle de la situation. Il n'y a rien à répondre à la critique que les auteurs modernes font de la doctrine traditionnelle. On prétend que les meubles n'ont pas de situation ; il est vrai qu'ils n'ont pas d'assiette fixe, puisqu'ils peuvent être déplacés, mais ils ont du moins une assiette temporaire, et cela suffit pour les soumettre à la loi du territoire où elles se trouvent. Après avoir nié que les meubles aient une assiette, la tradition leur en donna une par fiction : celle du domicile de la personne. Quelle est la raison d'être de cette fiction ? Pourquoi s'attache-t-elle à la loi du domicile plutôt qu'à toute autre loi ? On n'en sait rien. Ce qui prouve que la fiction est tout à fait arbitraire, c'est que les lois reconnaissent une situation réelle aux meubles quand il s'agit de déterminer la compétence. Si les meubles ont une assiette, en ce qui concerne

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 174.

la compétence, pourquoi n'ont-ils plus d'assiette quand il s'agit de la nature du statut? Les auteurs allemands croient que la personnalité du statut mobilier a été imaginée pour échapper aux inconvénients que présente, en matière de succession, la diversité des statuts territoriaux. Voilà, au moins, un motif plausible; mais s'il est utile d'admettre le statut personnel du défunt pour les successions mobilières, il est utile aussi, dans une certaine mesure, de l'appliquer aux successions immobilières ; ce qui conduit de nouveau à rejeter la distinction entre les meubles et les immeubles, sauf à voir s'il faut étendre aux immeubles le statut personnel des meubles, ou si la loi territoriale des immeubles doit recevoir son application aux meubles (1). Ici il faut un principe; à mon avis, on doit le chercher dans la nature des statuts : ils ne sont pas réels ou personnels selon qu'ils ont pour objet des immeubles ou des meubles; ils sont réels quand le droit de la société est en cause, et personnels quand il s'agit d'intérêts privés.

179. La critique de la distinction traditionnelle est facile ; mais par quel principe faut-il remplacer la tradition ? En apparence, les auteurs modernes s'accordent à appliquer aux meubles le statut territorial. Est-ce à dire qu'ils reviennent à la maxime que toutes coutumes sont réelles? Loin de là; il faut se défier, en cette matière, des formules générales. Savigny dit que les légistes qui restent attachés à la distinction des meubles et des immeubles ne l'entendent pas comme on l'entendait jadis ; on en peut dire autant des auteurs modernes qui considèrent le statut des meubles comme réel. Savigny s'est prononcé pour cette doctrine, mais il apporte tant d'exceptions à la règle, que la règle disparait ou perd du moins de son importance. De même, les partisans de la distinction admettent des exceptions; tantôt ils déclarent un statut mobilier réel, tantôt ils le font dépendre de la volonté des parties (2). De sorte que les deux opinions, quoique

(1) Wächter, *Die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 295-298. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 196 et suiv. Savigny, *System*, t. VIII, p. 171, note.

(2) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi dello regno delle due Sicilie*, p. 125 et suiv.

contraires en principes, se rapprochent parfois dans l'application. Cela ne prouverait-il pas que la réalité du statut mobilier n'est pas plus rationnelle que la distinction des meubles et des immeubles que faisaient les anciens auteurs? Ecoutons Savigny; son autorité est grande dans la matière des statuts, parce qu'il n'admet pas la vieille maxime de la réalité des coutumes; sa théorie de la communauté de droit qui relie les divers peuples est plutôt favorable à la personnalité des statuts; si néanmoins il admet la réalité du statut des meubles, c'est un grand préjugé en faveur de la doctrine généralement suivie en Allemagne.

Il y a d'abord des meubles qui sont attachés à un immeuble par la volonté du propriétaire et la destination qu'il leur donne. Il n'y a pas une ombre de raison pour soumettre ces meubles à une autre loi que celle des immeubles avec lesquels ils s'identifient. Dans le système du code Napoléon, cela est d'évidence; il déclare immeubles par destination les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds (article 524). Quel est le motif de cette immobilisation? L'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie selon que les objets mobiliers sont attachés à un fonds agricole ou à un fonds industriel. C'est là un intérêt général de premier ordre, ce qui rend le statut réel, par application d'une règle générale admise par tous les auteurs. Aussi, les réalistes sont-ils d'accord sur ce point avec Savigny, bien que Savigny donne un autre motif pour expliquer la réalité du statut (1). La destination, dit-il, dépend de la volonté de l'homme; c'est le propriétaire lui-même qui immobilise les meubles auxquels il imprime une destination agricole ou industrielle; et sa volonté tient lieu de loi. Cela n'est pas exact, au moins dans la théorie du code Napoléon; il ne dépend pas de la volonté de l'homme de changer la nature des choses en immobilisant des objets mobiliers; si la loi le lui permet, c'est dans

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 179. Comparez Rocco, dans l'ouvrage cité p. 329, note 2.

l'intérêt de l'agriculture et de l'industrie, donc dans un intérêt social (1). La doctrine de Savigny est contradictoire dans les termes ; il admet la volonté comme principe du statut réel, en cas de destination, or, la volonté n'est pas une question de statut ; elle écarte, au contraire, l'empire de la loi, puisqu'elle en tient lieu, c'est donc dire que le statut est réel, sans qu'il y ait un statut. Notons encore que dans cette première hypothèse, le statut est réel, non pas parce que les meubles ont une situation, ni parce qu'ils sont immobilisés, mais parce qu'il y a un intérêt de la société en cause. Cela ne prouve pas que le statut des meubles est réel en principe, cela prouve qu'il est réel quand le droit de la société l'exige.

Seconde hypothèse. Les choses mobilières voyagent, telles que des marchandises ou des vaisseaux. Pendant qu'elles sont en route, elles ne se rattachent à aucun lieu particulier ; partant, il est impossible de déclarer le statut réel. Il faut voir dans ce cas, dit Savigny, quelle est la volonté du propriétaire, et, à défaut d'une volonté caractérisée, considérer le domicile. Dans mon opinion, la volonté ne détermine jamais le statut, la réalité ou la personnalité dépend toujours de la loi. Quant au domicile, il se confond avec la loi personnelle, laquelle est la règle Voilà un cas dans lequel Savigny abandonne le principe de la réalité du statut mobilier : déjà une exception dans laquelle les deux opinions contraires se trouvent d'accord Cela prouve que l'une ou l'autre est inexacte. Je crois que Savigny se trompe en posant comme règle que la soumission du propriétaire à la loi de la situation détermine la nature du statut. Plus loin, je dirai quel est le rôle que la volonté joue en cette matière.

Il y a une troisième hypothèse, qui est intermédiaire entre les deux premières : les choses mobilières n'ont pas de destination fixe, et elles ont néanmoins une situation. Un commerçant envoie des marchandises en consignation ; elles ont une situation temporaire. Un voyageur s'arrête en route pendant un temps plus ou moins long ;

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. V, n°s 433 et 439

ses bagages ont aussi une assiette provisoire. A quelle loi les choses mobilières seront-elles soumises, dans ces cas et dans d'autres semblables? Savigny maintient la loi de la situation comme règle, mais il admet que la règle peut être modifiée à raison de la nature de la loi. Cela est très vague; et les exemples que Savigny donne rendent la décision plus incertaine encore. Quelque court que soit le séjour d'une chose dans un voyage, on appliquera la loi locale, qui régit le mode de transférer la propriété : d'après la loi française, ce sera la convention : d'après la loi prussienne, ce sera la tradition. Cela me paraît incontestable, mais la raison n'en est pas l'assiette temporaire de la chose; il y a un motif plus grave, c'est l'intérêt général. Les lois qui régissent le mode de transmettre et d'acquérir la propriété touchent au droit de la société, ce qui rend la loi territoriale applicable. Il en serait *peut-être* autrement de l'usucapion, ajoute Savigny. Ce *peut-être* ne témoigne pas pour la rigueur du principe; quand le principe est vrai, l'application est certaine et non suspendue par un point d'interrogation. A mon avis, la prescription est essentiellement d'intérêt social, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, que les meubles aient une assiette permanente ou temporaire; donc, il y a toujours lieu d'appliquer la loi locale (1).

Il se présente bien d'autres difficultés dans l'application du statut qui régit les meubles; je les examinerai dans la partie spéciale de ces Etudes. Pour le moment, il n'est question que du principe.

180. Le code italien porte que les « meubles sont soumis à la loi de la nation de leur propriétaire » (2). Il applique aux meubles le principe qu'il établit pour l'état et la capacité des personnes, ainsi que pour les rapports de famille, c'est-à-dire qu'il remplace le *domicile* qui, dans l'ancien droit, déterminait le statut, par la nationalité. J'ai exposé les raisons du nouveau principe, en traitant du statut qui

(1) Savigny, *System*, t. VIII, p. 180 et suiv. Comparez Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, p. 71 et suiv.; Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 60, p. 199 et suiv.
(2) Dispositions générales, art. 7.

régit l'état et la capacité (nos 97 et suiv.). Le législateur italien n'a pas cru devoir faire exception à la règle pour les meubles ; il admet, avec le vieil adage, que les meubles suivent la personne, il faut donc les soumettre à la loi de la personne ; or, cette loi n'est plus celle du domicile, c'est la loi de la nation à laquelle la personne appartient. Tel est le motif que Mancini fit valoir au sein de la commission pour justifier l'innovation de l'article 7 : c'est l'application du principe de nationalité, base du droit international privé, dans l'école italienne. Cette doctrine est aussi celle du code Napoléon, en ce qui concerne le domicile remplacé par la nationalité ; elle vient à l'appui de l'interprétation que j'ai donnée à l'article 3, en ce qui concerne le statut des meubles (n° 172).

Mancini explique encore pourquoi le législateur italien n'a pas adopté l'opinion des jurisconsultes allemands qui la plupart ont abandonné la fiction de la situation des meubles au lieu du domicile, pour s'en tenir à la situation véritable, celle du lieu où la chose se trouve, et se sont, en conséquence, prononcés pour la réalité du statut qui régit les meubles, en assimilant les meubles aux immeubles. Comme le code italien maintient le statut réel pour les immeubles, Mancini cherche à justifier la différence que la loi établit entre les meubles et les immeubles. Dans la pensée de l'illustre jurisconsulte, cette différence n'a pas de raison d'être, comme je l'ai dit ci-dessus (n° 167); c'est l'autorité de la tradition qui l'a emporté sur les vrais principes. Cette inconséquence rendait la tâche de Mancini difficile, quand il s'agit de motiver la personnalité du statut mobilier. Pourquoi le législateur n'admet-il pas le même principe pour tous les biens, meubles et immeubles? et pourquoi, déclarant réel le statut des immeubles, répute-t-il personnel le statut des meubles ? Mancini répond que la réalité du statut mobilier aurait eu de graves inconvénients dans la pratique : les objets mobiliers, marchandises ou effets des voyageurs, changent souvent de place, et avec une rapidité prodigieuse, depuis que la vapeur a été appliquée au transport des hommes et des choses ; comment savoir si, à un moment donné, un

meuble se trouve dans tel lieu ou dans tel autre? Ces difficultés seraient une vraie mine de procès. Cela est très vrai dans le système qui détermine le statut d'après la situation des choses; le principe italien prévient ces difficultés, en soumettant les meubles, quelle que soit leur situation, à la loi nationale du propriétaire (1).

181. Le code italien, après avoir établi la règle que les meubles sont soumis à la loi nationale de celui à qui ils appartiennent, ajoute: « sauf disposition contraire de la loi du pays où ils se trouvent ». Quel est le motif et la portée de cette exception? Mancini ne dit pas quel doit être le caractère de ces dispositions locales; suffit-il que la loi du lieu où les meubles se trouvent soit en opposition avec la loi personnelle du propriétaire, pour que le statut de la situation l'emporte sur le statut de la nationalité? L'exception ne saurait avoir cette signification, sinon elle détruirait la règle. On voit, par les exemples que Mancini donne, qu'il entendait limiter l'exception aux lois territoriales qui seraient d'intérêt général; telles sont les lois sur la richesse mobilière, sur le nantissement des meubles, sur la saisie des meubles. Toutes ces lois rentrent dans la catégorie de celles qui concernent le droit public ou social, et qui, à ce titre, dominent le statut personnel. Si on limite l'exception à cette catégorie de lois, elle se justifie pleinement, mais aussi elle devient inutile, puisqu'elle résulte de la règle générale établie par l'article 12 du code italien, aux termes duquel les lois prohibitives et d'ordre public l'emportent toujours sur la loi de la personne. Il y a une autre considération qui paraît avoir déterminé le législateur italien; les meubles qui se trouvent dans un pays étranger sont sous la main de la loi qui y régit les meubles; si la loi locale est contraire à la loi italienne, celle-ci doit céder, car le législateur italien ne peut étendre son empire sur des territoires soumis à une autre domination (2). Le sens de l'exception serait donc celui-ci : Le juge italien appliquera la loi nationale du

(1) *Processi verbali della commissione di coordinazione*, p. 627.
(2) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 122 et 123.

propriétaire italien ou étranger, en tant que la puissance souveraine du lieu où les meubles se trouvent ne s'y oppose pas.

§ III. — *Conclusion.*

182. Le code Napoléon est resté attaché à la doctrine traditionnelle, en matière de meubles; il ne dit pas, à la vérité, comme on le faisait au seizième siècle, que les meubles sont chose vile, mais il maintient toutes les conséquences que, dans l'ancien droit, on avait déduites de cette singulière maxime. Les immeubles sont toujours considérés comme la partie la plus précieuse de la fortune des particuliers. S'agit-il du pouvoir d'un administrateur, la loi lui défend d'intenter les actions immobilières, tandis qu'elle lui permet de former des actions mobilières. Le législateur prend si peu de souci des meubles, qu'il daigne à peine s'en occuper : la question de savoir si celui qui n'a qu'un pouvoir d'administration peut aliéner les meubles, est controversée; l'affirmative est généralement admise. Le code civil qui multiplie les garanties, au point qu'elles sont excessives, quand il s'agit d'immeubles appartenant à des incapables, garde le silence ou ne contient que des dispositions insuffisantes en ce qui concerne les effets mobiliers. La grande sollicitude du législateur, c'est de conserver les immeubles dans les familles; c'était l'esprit de l'ancien droit, et les auteurs du code ont eu un respect excessif, en cette matière, pour la tradition. S'agit-il de composer l'actif de la communauté, le législateur français y fait entrer les meubles, il en exclut les immeubles, afin qu'ils restent propres à l'époux, et qu'ils retournent à la famille s'il n'y a point d'enfants.

Les auteurs s'accordent à dire que la distinction des meubles et des immeubles n'a point de fondement rationnel. Dans l'ancien droit, on considérait uniquement la valeur, et à une époque où la richesse mobilière n'existait pas encore, on conçoit qu'un chétif mobilier n'attirait pas l'attention du législateur. En théorie, la considération

de la valeur n'est pas un motif juridique; et si l'on en tenait compte, la balance serait aujourd'hui pour la richesse mobilière ; en effet, elle n'a point de limites, et la richesse immobilière est nécessairement limitée. Qu'est-ce que la fortune immobilière d'un seigneur féodal en comparaison des capitaux d'un banquier qui compte ses revenus par millions, tandis que les barons se ruinaient rien qu'en faisant un voyage à la Terre Sainte ? Dans la matière des statuts, on fonde la différence que le droit traditionnel établit entre les meubles et les immeubles, sur une raison de fait : les meubles, dit-on, servent à l'usage de la personne et la suivent partout ; il est donc naturel de les soumettre à la loi de la personne. Cela est vrai de quelques effets mobiliers, mais cela n'est certes pas vrai pour les obligations et les actions créées par le commerce et l'industrie; elles servent à la personne, au même titre que les immeubles, c'est-à-dire comme instrument de développement intellectuel et moral. Etant de même nature, et ayant la même destination, pourquoi les meubles suivraient-ils une autre loi que les immeubles ?

Portalis fonde la réalité du statut immobilier sur la souveraineté qui, étant indivisible de son essence, doit s'étendre sur toutes les parties du territoire, donc, sur tous les immeubles qui composent le territoire d'un Etat; or, on ne peut pas dire que les meubles fassent partie du territoire. Cette considération était très juste au moyen âge, alors que la souveraineté était strictement territoriale, en ce sens que la terre était souveraine, tandis qu'on n'a jamais dit des meubles qu'ils sont souverains. Mais la notion de la souveraineté a changé, aussi bien que la valeur relative de la richesse mobilière et de la richesse immobilière. Tous les biens, quels qu'ils soient, ne sont plus un but, mais un moyen ; pour les particuliers, ils servent à leur perfectionnement, et la puissance souveraine n'a pas d'autre mission que celle de venir en aide aux individus, en multipliant les écoles de tout genre, les voies de communication, et tous les établissements qui intéressent la vie physique, intellectuelle et morale. Dans

ce nouvel ordre de choses, il est presque ridicule de demander si la souveraineté ne doit s'occuper que des immeubles, et non des meubles. Toute richesse intéresse le législateur, parce que plus une nation est riche, plus elle est civilisée. Non que la richesse soit le but de la civilisation : Dieu nous garde de ce matérialisme qui conduirait tout droit à la barbarie. Mais la richesse est un instrument de progrès pour la société comme pour l'individu; dès lors, il n'y a aucun motif de faire une différence entre les meubles et les immeubles.

189. La doctrine traditionnelle témoigne elle-même contre la distinction des statuts mobiliers et des statuts immobiliers. Tout en admettant que les meubles suivent la personne et qu'ils sont régis par la loi de la personne, elle avait recours à une fiction pour rattacher le statut des meubles à la loi de la situation; on attribuait aux meubles une situation fictive au domicile du propriétaire, de sorte que le statut du domicile qui les régissait n'était pas le statut personnel, mais le statut de la situation fictive. Une fiction n'est pas un principe; le droit se fonde sur la réalité des choses et non sur des fictions, et la vérité est que les meubles ont une situation territoriale, aussi bien que les immeubles. Donc le statut des uns et des autres doit être le même. Reste à savoir s'il faut s'attacher au statut de la personne ou au statut de la situation.

Les jurisconsultes allemands se sont prononcés pour la réalité du statut concernant les biens, qu'ils soient meubles ou immeubles. Cela est logique; dès que l'on admet que le statut qui régit les immeubles est réel, il faut aussi admettre la réalité pour le statut des meubles. Le code italien, qui a maintenu la distinction entre les meubles et les immeubles, est inconséquent; l'inconséquence est telle, que l'on a essayé d'interpréter le code de manière à l'effacer, en soumettant tous les biens, meubles et immeubles, à la loi nationale du propriétaire, sauf quand il y a un intérêt général en cause. Cette doctrine est aussi la mienne, en théorie, bien entendu; le code Napoléon, interprété par la tradition, ne permet point de l'adopter. Je viens d'exposer les motifs pour lesquels, à

mon avis, les lois qui régissent les immeubles sont personnelles; il va sans dire que si l'on adopte ce principe pour les immeubles, on doit l'étendre aux meubles. Du reste, la différence entre les deux systèmes de la réalité et de la personnalité en ce qui concerne les biens n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire. Je l'ai prouvé pour le statut des immeubles; l'opinion à peu près universelle le répute réel, tandis que je le considère comme personnel; mais dans l'application, les deux principes contraires aboutissent à peu près aux mêmes conséquences. La raison en est que les lois qui régissent les immeubles sont réelles, dans tous les systèmes, dès que le droit de la puissance souveraine est en cause; tandis que dans les matières d'intérêt privé, telles que les successions, c'est la loi de la personne qui l'emporte. Cela accuse un défaut de principe dans un système ou dans l'autre. J'ai cherché à établir que le mien est fondé sur la vraie notion de la souveraineté et qu'il donne satisfaction aux droits de la société tout ensemble et aux droits des individus.

Le dissentiment en ce qui concerne les meubles est aussi plus apparent que réel. Les jurisconsultes allemands se prononcent pour la réalité du statut des meubles et le code italien le déclare personnel. Est-ce à dire que les Allemands maintiennent la réalité dans toutes les applications? Non certes, car ils ont été les premiers à enseigner que le statut des successions est personnel non seulement pour les meubles, mais aussi pour les immeubles. De leur côté, les Italiens, quoique leur code déclare le statut des meubles personnel, n'hésitent pas à se prononcer pour la réalité, dans les cas où les légistes allemands l'admettent et dans lesquels je l'ai également admise (1).

184. Faut-il conclure de là que ce long débat sur la réalité et la personnalité des statuts qui concernent les biens n'est qu'une dispute de mots? Ce serait méconnaître la loi qui préside au développement du droit comme au développement de toutes les faces de la vie. Cette loi est celle du progrès. Au seizième siècle, on disait que toutes

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 121-123.

coutumes sont réelles; ce qui impliquait qu'il n'y avait pas de statut personnel, ni pour les personnes ni pour les biens. Cependant une école célèbre, celle des glossateurs, avait revendiqué la personnalité pour les statuts qui règlent l'état et la capacité, et indirectement pour les statuts concernant les biens, quand il s'agissait de la capacité des parties contractantes. C'était un premier pas hors de la réalité féodale; cette innovation ne s'introduisit pas sans lutte; il y eut toujours des réalistes à outrance qui repoussaient toute action d'une loi étrangère, et quand ils l'admettaient, ce n'était pas à titre de droit, mais par courtoisie internationale. Malgré cette opposition contre l'extension progressive du statut personnel, il continua ses conquêtes. Appliquée aux successions mobilières, la réalité présentait tant d'inconvénients, que l'on fut obligé de les soumettre à la loi du domicile; les réalistes se contentèrent de la fiction qui réputait le statut du domicile identique avec celui de la situation des meubles. La fiction déguisait à peine l'envahissement du statut personnel. Au dix-huitième siècle, la personnalité pénétra dans le domaine des successions immobilières. Quand cette innovation sera généralement acceptée, la victoire du statut personnel ne sera plus douteuse. Non pas que toute loi devienne personnelle, en ce sens qu'il n'y aura plus de lois réelles; mais les lois réelles changeront de nature, comme la souveraineté, dont elles sont l'expression, s'est modifiée. La souveraineté n'est plus une domination territoriale, absolue, illimitée, c'est une mission qui s'adresse aux personnes et ne considère les biens que comme un instrument, cette mission donne des droits à la puissance souveraine, et quand un de ces droits est en cause, la souveraineté et la loi, qui en est l'expression, l'emportent sur les statuts personnels qu'on voudrait lui opposer. Voilà la transformation du statut réel, ce n'est plus le statut des biens, meubles ou immeubles, c'est le statut qui concerne les droits de la société. Le statut personnel se transforme également, dans cet ordre d'idées; ce n'est plus seulement le statut qui règle l'état et la capacité des personnes, c'est le statut qui régit les droits privés, dans

lesquels la puissance souveraine n'a ni intérêt ni droit d'intervenir.

Cette transformation des statuts explique la contradiction apparente que je viens de signaler. Pourquoi les Allemands, qui maintiennent la réalité du statut concernant les biens, ont-ils introduit la personnalité du statut des successions? Parce que ce statut est d'ordre privé, et tout statut d'ordre privé est personnel, parce que la souveraineté n'est pas en jeu. Pourquoi les Allemands déclarent-ils réel le statut des meubles et des immeubles? Parce qu'ils supposent que les lois relatives aux biens sont d'intérêt social, sauf les exceptions qu'ils admettent. A mon avis, il est plus logique de faire de la raison, qui justifie la réalité, un principe, en déclarant réel tout statut d'ordre social. De leur côté, les Italiens réputent personnel le statut des meubles, mais ils n'entendent pas faire de la personnalité une loi absolue; ils reconnaissent que le statut des meubles devient réel quand il y a un intérêt social en cause; de même que, tout en soumettant les immeubles à la loi de la situation, ils ont déserté la tradition, en inscrivant dans leur code la personnalité du statut des successions. A quoi tend, en définitive, la transformation qui s'opère dans la théorie traditionnelle des statuts, et qui explique les contradictions des diverses doctrines et des législations diverses? A déclarer réels les statuts de droit public et personnels les statuts de droit privé. Cette forme nouvelle de l'ancienne doctrine permettra aux partisans du statut réel de se rallier à la théorie de la personnalité qui tend à dominer sur le continent. Ce qui préoccupait les anciens réalistes et ce qui éloigne encore aujourd'hui les Anglo-Américains du statut personnel, c'est l'intérêt de la souveraineté nationale. C'est pour sauvegarder cet intérêt qu'ils repoussent tout statut étranger, dans la crainte qu'il ne compromette leurs institutions civiles et politiques. C'est aussi là le motif de la réaction que j'ai signalée contre la personnalité du statut des meubles. Les chemins de fer américains, dit Wharton, représentent 22 % de la valeur du sol des Etats-Unis; ne serait-ce pas une imprudence extrême, et par suite un danger

extrême, d'abandonner cet immense capital et l'influence qui en résulte à des lois étrangères, alors que les actionnaires seraient étrangers (1)? Le légiste américain a raison de s'alarmer du danger éventuel qui menacerait les Etats-Unis si les chemins de fer étaient dans la main d'étrangers et soumis à une loi étrangère. Mais faut-il pour conjurer ce péril, qui serait plus grand encore pour les Etats du continent européen, que l'on déclare reel tout statut relatif à des valeurs mobilières, actions et obligations? Il est très facile de donner satisfaction aux droits de la société, tout en maintenant le statut national des actionnaires étrangers. Ce n'est pas le fait de la possession par des étrangers d'actions de chemins de fer qui constitue le danger, c'est l'administration qui, dans des circonstances critiques, serait dans les mains d'un ennemi. Voila certes un intérêt social, s'il en fut jamais; c'est un intérêt de conservation, par conséquent, un droit de la société, qui l'emporte sur tout droit individuel. Les lois de chaque Etat peuvent prescrire à cet égard telles mesures que le législateur jugera nécessaires, et tout ce qu'elles disposeront formera un statut réel, lequel sauvegardera pleinement l'indépendance et la souveraineté nationales. Que faut-il donc pour donner satisfaction pleine et entière aux scrupules des réalistes et notamment des Anglo-Américains? Il faut formuler le statut que je nomme réel, de manière qu'il garantisse les droits de la société en face des droits individuels.

SECTION IV. — Lois de droit public et lois de droit privé.

ARTICLE I. LOIS DE DROIT PUBLIC.

§ Ier. *Le droit social et le droit privé.*

185. Un ancien statutaire pose comme principe fondamental du droit international privé qu'aucun Etat n'est

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 27 et suiv.

obligé de reconnaître des lois, des contrats ou des actes qui seraient contraires à son intérêt ou en opposition avec son droit public. Story cite cette règle de Huberus, comme un axiome (1), et elle peut passer pour tel, pourvu que l'on se fasse une idee exacte de ce que l'on entend par intérêt de l'État et par droit public. Les Anglo-Américains se font une arme de l'adage contre le statut personnel de l'étranger. Ils semblent croire que toute action d'une loi étrangère porterait atteinte au droit de l'Etat où on l'invoquerait. Telle est, en effet, la préoccupation de ceux qui donnent tout à la réalité; c'est le sens de la maxime féodale, que toute coutume est réelle, c'est-à-dire souveraine. Il est vrai que toute loi est une déclaration de la puissance souveraine; mais de là ne suit point que la souveraineté ait intérêt et droit à ce que la loi territoriale reçoive toujours son application, quel que soit l'objet du litige et quelles que soient les personnes qui y figurent. Il y a de nombreuses lois concernant les contrats; dira-t-on que ces lois sont d'intérêt social et doivent necessairement être appliquées à toute convention? Le législateur lui-même permet aux parties intéressées d'y déroger et il déclare que ce qu'elles veulent leur tient lieu de loi. Il y a donc une distinction à faire entre les lois, d'après l'objet qu'elles ont en vue: sont-elles d'ordre privé, en ce sens que la société n'ait ni intérêt ni droit à intervenir dans le débat, on ne peut pas dire que la loi soit réelle et souveraine: sont-elles d'ordre public, en ce sens que la société ait intérêt et droit à régler le débat, il faut dire que la loi est réelle, et partant la loi territoriale sera souveraine et exclura toute loi étrangère.

On voit qu'il y a des lois réelles de leur nature et souveraines, en ce sens que la société y étant intéressée, la loi, qui est l'expression de la puissance souveraine, a seule le droit de régir le fait juridique et le débat auquel il peut donner lieu. Sur ce terrain les réalistes ont raison et on peut leur donner satisfaction complète. Par suite, il est facile de concilier les doctrines qui paraissent contraires.

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 71, § 71 de la 7e édition.

Les Anglo-Américains et les jurisconsultes du continent qui se préoccupent des droits de la puissance souveraine, ne tiennent pas compte de la nature des diverses lois ; il importe de les convaincre que les intérêts qu'ils veulent sauvegarder ne sont pas compromis par le système de la personnalité, car si l'on dit que certaines lois sont personnelles, on dit par cela même qu'elles sont étrangères aux droits de la société ; dès lors il n'y a plus aucun motif de combattre le statut personnel au nom de la police nationale et des droits qui en sont l'expression.

186. Les droits de la société jouent un grand rôle dans le débat sur le conflit des lois. C'est parce qu'on craint que l'application des lois étrangères ne porte atteinte à la souveraineté territoriale que l'on veut écarter le statut personnel. La crainte est légitime, mais il lui est donné entière satisfaction si l'on déclare réelles les lois qui concernent les droits de la société. Il n'est pas nécessaire de repousser la personnalité au nom de la puissance souveraine ; il suffit de distinguer le domaine des droits qui appartiennent à la société et le domaine des droits privés. Dès que les droits de la société sont sauvegardés, la souveraineté est désintéressée, car elle n'a d'autre mission que de régler les intérêts généraux, et sur ce terrain son empire est exclusif. Ici est le vrai terrain de la conciliation entre les doctrines qui paraissent contraires. Qu'est-ce qui préoccupait surtout les anciens réalistes ? Ils voulaient que les coutumes fussent réelles pour qu'elles fussent souveraines, et ils croyaient qu'il était porté atteinte à leur souveraineté par cela seul que l'on accordait une autorité quelconque aux lois étrangères. Voilà pourquoi ils rejetaient le statut personnel, ou ne l'admettaient qu'à titre de courtoisie internationale, en laissant chaque nation juge de ce qu'elle voulait accorder aux convenances. Les réalistes avaient raison de maintenir les droits de la puissance souveraine, mais ils étendaient trop loin l'action de la souveraineté. La distinction des droits de la société et des droits privés donne à chaque État toute l'autorité à laquelle il a intérêt ; dans ces limites, on peut admettre tout ce que disent les réalistes : la souveraineté s'étend

sur les personnes et les choses, elle est indivisible, elle exclut toute autre puissance.

Ce que je dis des anciens réalistes reçoit aussi son application aux écrivains modernes qui sont revenus à la doctrine traditionnelle, sous d'autres noms et d'autres formes. Wachter part du principe que le juge doit appliquer la loi de l'État sur le territoire duquel il rend la justice. Cela est d'evidence quand il y a un droit de la société en cause. Or, chose remarquable, quand les réalistes donnent des exemples pour prouver que toute loi est réelle, il s'agit régulièrement de lois concernant les droits de la société. Wächter suppose qu'une dette de jeu est contractée dans un pays ou les lois donnent action aux joueurs; pourront-ils agir en France, ou les dettes de jeu ne sont pas munies d'une action? Non certes; car si le législateur ne permet pas aux joueurs d'agir, c'est dans l'intérêt de la moralité, ce qui est un intérêt d'existence, puisque la moralité est le fondement de l'ordre social. Il en est de même des lois que Wachter appelle *leges cogentes*, parce qu'elles contraignent la volonté des particuliers, et elles la contraignent, parce qu'elles sont d'ordre public, ce qui donne à l'Etat intérêt et droit à leur application exclusive (1). J'en suis d'accord, et cela n'a jamais été contesté. Le premier droit, comme le premier devoir de l'Etat, est de veiller à sa conservation; et quand l'existence de l'Etat est en cause, le droit de la société domine tous les droits individuels. La seule difficulté, et elle est grande, est de savoir quand l'Etat a un intérêt d'existence à intervenir dans les faits juridiques où figurent des particuliers.

187. Quel est le domaine de la souveraineté? On a commencé par dire que *toute loi* est *souveraine* et, à ce titre, *réelle*. La maxime était vraie sous le régime féodal, alors que la souveraineté se confondait avec la propriété du sol; la terre étant souveraine, il était logique que la souveraineté fût territoriale et qu'elle embrassât les per-

(1) Wächter, *Die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 262, 265 et 266.

sonnes et les choses qui se trouvaient sur le territoire. Est-ce que la maxime traditionnelle peut encore être admise aujourd'hui? La souveraineté a changé de nature, et avec elle la théorie des statuts doit aussi se modifier. Dans les idées modernes, la puissance souveraine n'est plus une propriété donnant au souverain un pouvoir absolu, illimité, s'étendant à tout; c'est une mission. L'Etat a pour mission de gérer les intérêts sociaux; les lois qui règlent ces intérêts donnent un droit à l'Etat, et ce droit l'emporte sur le droit des individus. En ce sens, les lois sont réelles ou territoriales; elles obligent toutes les personnes, les indigènes et les étrangers. Cela est de l'essence des lois d'intérêt général; si les particuliers pouvaient invoquer leur statut personnel contre un droit de la société, l'existence, la conservation, le développement de la société seraient entravés et compromis; ce qui entraverait aussi et compromettrait la destinée des individus. En effet, les hommes ont pour mission de se perfectionner en développant les facultés intellectuelles et morales dont Dieu les a doués, et ce travail ne peut se faire que dans l'état de société; les droits que la société reconnaît aux particuliers sont donc par leur nature subordonnés aux droits de la société. De là suit qu'en cas de conflit, les personnes quelles qu'elles soient, étrangères ou indigènes, doivent se soumettre aux lois qui concernent les droits de la société. Si une loi personnelle se trouve en opposition avec une loi territoriale, relative à un droit social, le statut personnel doit céder. A vrai dire, il n'y a point de conflit entre le statut personnel et le statut réel, il y a des lois d'une nature diverse : la loi territoriale, quand il y a un droit social en cause, gouverne toute personne; donc on ne peut lui opposer un statut personnel. Ce statut ne reçoit d'application que lorsqu'il s'agit de régler des droits privés, dans cette sphère, le statut de la personne domine à son tour; on ne peut lui opposer la souveraineté territoriale, puisque la puissance souveraine est hors de cause.

188. Les réalistes disaient que toute loi est réelle, c'est-à-dire souveraine, et que la loi territoriale domine

nécessairement toute loi étrangère. J'accepte la doctrine, en la limitant aux lois qui concernent les droits de la société. Le principe de la réalité des lois peut être formulé comme suit : Les lois relatives aux droits de la société reçoivent leur application, quelle que soit la nationalité des parties intéressées, quelle que soit la nature des biens, et quel que soit le lieu du contrat.

On ne tient aucun compte de la nationalité des parties intéressées. Les lois nationales se confondent avec les lois personnelles, les personnes ne pouvant invoquer que les lois de la nation à laquelle elles appartiennent. Si l'étranger peut se prévaloir de sa loi nationale, c'est parce que cette loi est l'expression de son individualité, ce qui implique qu'il s'agit de droits individuels ou privés. Mais dès qu'il s'agit de l'existence de la société, de sa conservation, de son perfectionnement, l'étranger doit se soumettre à la loi du pays où il se trouve. Ce serait chose contradictoire de lui permettre d'opposer à la société sous la protection de laquelle il exerce ses droits d'après sa loi nationale, une loi que l'on suppose contraire au droit et à l'intérêt de cette société : ce serait détruire la société, alors qu'il ne peut exercer ses droits que dans cette société.

Les lois relatives aux droits de la société reçoivent encore leur application, quelle que soit la nature des biens. Quand il s'agit d'immeubles et que l'intérêt de la société est engagé, c'est naturellement la loi territoriale qui domine. Mais les meubles peuvent se trouver dans divers territoires; quelle loi suivra-t-on? On ne peut pas poser comme règle que ce sera la loi personnelle, ni que ce sera la loi réelle. Il faut distinguer. Ce n'est pas la nature des biens qui détermine le statut, c'est l'intérêt social ou l'intérêt privé. Donc on appliquera la loi personnelle s'il s'agit de régler des intérêts privés; et si le droit de la société est en cause, on appliquera la loi territoriale. Le principe est donc le même pour les meubles et pour les immeubles.

Enfin les droits de la société l'emportent sur la loi du lieu où le contrat se passe. Quand le fait juridique dépend de la volonté des parties, c'est cette volonté qui est leur

loi; il ne s'agit plus de statut. Mais la volonté peut être incertaine; dans ce cas, le législateur a recours à des présomptions. Je dirai plus loin que, dans mon opinion, on doit suivre la loi du lieu ou le fait juridique se passe, lorsque les parties ont la même nationalité. Cela suppose qu'il n'y a que des intérêts privés en cause, ce qui est la règle dans les dispositions ou conventions de l'homme. Toutefois il y a des règles d'ordre public en cette matière; il en résulte un droit pour la société, droit qui l'emporte sur la liberté des parties intéressées; dans ce cas, le juge décidera d'après les lois de l'Etat ou l'on veut se prévaloir de la convention ou de l'acte.

Les formes extrinsèques sont aussi régies par la loi du lieu ou l'écrit est dressé. Cette règle cesse d'être applicable lorsque la forme est requise dans un intérêt général. Le code Napoléon admet des contrats solennels; les solennités ne dépendent pas du lieu ou l'acte est passé; elles sont déterminées par la loi du territoire ou le contrat est invoqué.

189. A côté des droits de la société, il y a les droits des individus. Quand il ne s'agit que d'intérêts privés, la souveraineté n'est plus en cause et, partant, le statut cesse d'etre réel. Est-ce à dire que le statut qui règle les droits d'ordre privé est toujours personnel? Non, il y a des droits privés qui dépendent entièrement de la volonté des parties; cette volonté leur tenant lieu de loi, il ne peut plus être question de statut, car le statut implique l'existence d'une loi, c'est a dire d'une déclaration émanée du pouvoir législatif; et alors même que, dans l'espèce, il y aurait une loi, la loi que les parties se sont faite l'emporte; j'en dirai plus loin les raisons. Mais dans le silence des parties, le législateur établit des présomptions fondées sur la volonté probable des parties intéressées : ici le statut intervient, et c'est naturellement le statut personnel qui domine, puisque l'on suppose qu'il s'agit du règlement d'intérêts privés.

Le statut personnel ne se borne pas aux dispositions et conventions de l'homme. Déja les glossateurs enseignaient que le statut qui règle l'état des personnes et la capacité

ou l'incapacité qui en résulte, est personnel. Le statut personnel fut étendu aux immeubles que les personnes possédaient à l'étranger, les biens étant une dépendance de la personne. Les statutaires allèrent plus loin; ils déclarèrent personnel le statut des meubles, parce que les meubles suivent la personne. Enfin, vinrent les jurisconsultes allemands qui étendirent le statut personnel à la succession, même immobilière, parce que les successions ne mettent en jeu que des intérêts privés. En dehors du droit héréditaire, les immeubles restèrent soumis au statut réel. Cela est peu logique. Si les statuts sont personnels, par le motif que la souveraineté n'a ni intérêt ni droit à intervenir dans les relations d'ordre privé, il faut appliquer le principe dans toutes ses conséquences et réputer personnelles toutes les lois qui sont étrangères aux droits de la puissance souveraine. Cela nous ramène au principe tel que je viens de le formuler : les lois relatives aux droits privés sont personnelles, alors même qu'elles se rapporteraient à des immeubles. Cette règle ne porte aucune atteinte à la souveraineté, puisqu'on suppose que la puissance souveraine n'a aucun intérêt dans le débat.

190. Dans l'ancien droit, les statutaires se divisaient sur la question de savoir si, dans le doute sur la nature d'un statut, il fallait le réputer réel ou personnel. Ceux qui restaient attachés à la tradition féodale tenaient pour la réalité; ceux qui donnaient plus à la personnalité se prononçaient pour le statut personnel. Le débat dure jusqu'à nos jours. Il me semble que la question est mal posée. La difficulté n'est pas de savoir quel est des deux statuts celui qui forme la règle et celui qui forme l'exception; à vrai dire, il n'y a ni règle ni exception, il y a des statuts de nature différente, les uns réels parce qu'ils concernent un droit social, les autres personnels parce qu'ils sont relatifs à des intérêts privés. Mais comment savoir si un droit est d'ordre social ou d'ordre privé? Là est la vraie difficulté. Dans l'état actuel des relations internationales, elle est insoluble. Les États sont souverains, chacun s'organise à sa façon, chacun a sa manière de concevoir sa mission et les droits qu'elle lui donne; le

droit social varie donc d'un Etat à l'autre. De là un inévitable conflit. Il doit cependant être vidé, car le juge doit savoir quelle loi régit le débat qui lui est soumis : est-ce la loi du territoire, ou est ce la loi de la personne? Ici, il faut appliquer la théorie de Wachter : le juge se décidera d'après la doctrine qui domine dans l'Etat où il rend la justice. Il est le gardien des droits de la société. Qui lui fait connaitre ces droits? Il s'agit de sauvegarder l'existence de la société et son perfectionnement : c'est donc le droit public de la nation qu'il doit consulter. On dira que je reproduis la théorie de l'interêt national, anglais, américain ou français, après l'avoir combattu dans tout le cours de ces Etudes. Non, il y a une différence capitale entre le *droit* social, que je considère comme le fondement du statut réel, et l'*intérêt* français ou anglo-américain. Le *droit* est un principe, tandis que l'*interêt* est un fait qui varie non seulement d'après la nationalité, mais qui change d'une cause à l'autre. Si l'on permet au juge de décider d'après l'*intérêt* national, on met l'étranger à sa merci ; son pouvoir sera arbitraire, sans poids ni mesure, comme les canonistes le disent en parlant du pouvoir des papes ; or, l'arbitraire absolu du juge est l'absence de justice. Il n'en est pas de même quand le juge doit consulter le *droit* de la société ; le *droit social* est écrit dans la constitution de chaque Etat ; on peut donc savoir ce que dans les divers Etats on entend par droits sociaux et par droits privés ; le juge est lié par des lois et par les principes qui en découlent ; et, à défaut de lois, par la conscience générale dont il est l'organe. Si l'on admet le principe, tel que je l'ai formulé, on échappe aux conséquences de la théorie de l'intérêt et à l'objection que l'on en pourrait induire contre le principe même que je professe dans ces *Etudes*. Le juge, décidera, à la vérité, que les statuts sont réels, en se fondant sur le *droit de la société* au nom de laquelle il rend justice ; mais il ne peut pas écarter le statut personnel au nom de l'*intérêt national*, comme le font les cours américaines. C'est précisément pour empêcher le juge de déclarer un statut réel ou personnel, au gré des intérêts nationaux, que je me suis servi

du mot *droits* au lieu du mot *intérêts*. Il y a encore une autre restriction dans la formule que je propose : le statut réel a pour objet les droits de la *société*. De là suit que les tribunaux ne pourraient pas, comme l'a fait la cour de la Louisiane, décider que le statut personnel doit être écarté, parce qu'il lèse les *intérêts* d'un *indigene*, car autre chose est l'*intérêt* d'un *particulier* et le *droit* de la société. Les *intérêts* d'un *individu* peuvent être compromis dans un débat avec un étranger, sans que les *droits* de la *société* soient lésés. Cela est décisif.

§ II. — *L'ordre public, d'après le droit français.*

191. L'article 3 du code Napoléon, 1er alinéa, est ainsi conçu : « Les *lois* de *police* et de *sûreté* obligent tous ceux qui habitent le territoire. » En ce sens, ces lois forment un statut réel, et elles l'emportent, par conséquent, sur le statut personnel de l'étranger. Par les mots, lois de *police* et de *sûreté*, il faut entendre avant tout les lois *pénales*. Sur ce point, il n'y a aucun doute; mais dans le langage juridique le mot *police* a une signification beaucoup plus large; il comprend une grande partie du droit administratif, celle qui a pour objet la protection des droits individuels; en ce sens, les *lois de police* appartiennent au *droit public*, l'expression *droit de police* n'étant plus usitée en droit français (1). Mieux vaut se servir du mot *droit public* quand il s'agit de définir les *statuts réels*. Il est incontestable que les lois qui dépendent du droit public sont réelles de leur essence, car elles sont la base de la société; de là le nom de *droit constitutionnel* pour marquer les lois qui sont constitutives de l'état social. Ces lois comprennent aussi le *droit administratif*, celui-ci n'étant que la mise en action de la Constitution et des principes fondamentaux qu'elle établit. Que le statut personnel de l'étranger cède devant les lois publiques du pays où il se trouve, cela est d'évidence. On suppose que

(1) Autrefois on s'en servait. Delamarre a écrit un excellent traité sur le droit de police.

son statut personnel est contraire au droit public de l'Etat où il l'invoque ; or ce statut règle des droits privés, et le droit privé est toujours subordonné au droit de la société; donc le statut personnel est dominé par le droit public du territoire. C'est l'application la plus simple du statut réel : il n'y a aucun doute sur ce point.

Le code Napoléon (art. 3) ajoute : les *lois de sûreté*. Cette expression comprend le droit pénal ; c'est l'explication donnée par Portalis. Chaque Etat, dit-il, a le devoir de veiller à sa conservation. Or, comment un Etat pourrait-il se maintenir s'il y avait dans son sein des hommes qui pussent impunément troubler la tranquillité par des délits ? L'étranger ne peut pas se plaindre de ce qu'on lui applique les lois pénales ; il est protégé par ces lois dans sa personne et dans ses biens, il doit donc les respecter à son tour. Objecterait-il que les délits qu'il commet en France doivent être punis par la loi de son pays ? La personnalité des lois germaniques allait jusque-là; c'était placer l'individu au-dessus de l'Etat ; pour mieux dire, c'était méconnaître l'idée même de l'Etat. Quand il s'agit de sa sûreté, c'est à chaque société de prescrire les mesures qu'elle juge nécessaires pour sa conservation ; le droit de l'Etat, en cette matière, domine nécessairement celui des individus. L'Etat n'a pas à s'enquérir à quelle nation appartiennent ceux qui troublent sa tranquillité et qui compromettent sa sûreté par des actes illicites; la nationalité n'a rien de commun avec les délits ; dès que l'ordre public est lésé, il faut que la loi pénale reçoive son application, sans qu'il y ait à distinguer entre l'étranger et l'indigène.

L'article 3 du code Napoléon mentionne encore les lois concernant les bonnes mœurs. Il est inutile d'insister pour prouver que la société est intéressée à conserver les bonnes mœurs, à développer et à fortifier la moralité; c'est encore un intérêt d'existence, et par conséquent un droit auquel personne ne peut opposer un statut quelconque. Mais si le principe est évident, il n'en est pas de même des applications qu'il reçoit. Ici les difficultés abondent ; la religion et les préjugés nationaux jouent un grand

rôle en matière de mœurs; de là un conflit inévitable entre les lois qui régissent les divers peuples. Suffit-il qu'une nation considère une institution comme contraire aux bonnes mœurs, pour qu'elle puisse repousser comme immorales les lois étrangères qui la consacrent? Et suffit il que les mœurs interviennent dans une loi pour qu'on la déclare réelle? Il y a, sous ce rapport, une différence essentielle entre le droit public et les bonnes mœurs. Le droit public repose sur des lois; il est impossible de contester le caractère de ces lois; on doit donc admettre tout ce qui y est écrit comme faisant partie du droit public. Mais comment peut-on savoir ce qui intéresse les bonnes mœurs? Dans le sens le plus large du mot, elles interviennent dans toutes les relations personnelles. Il faut nécessairement restreindre cette signification trop vague, sinon toutes les lois deviendraient réelles comme tenant aux bonnes mœurs. Si l'on considère comme réelles les lois qui concernent les bonnes mœurs, c'est que la moralité est la base de l'ordre social; il faut donc, pour qu'une loi soit réelle, à ce titre, que l'existence de la société, sa conservation, son perfectionnement exigent d'écarter tout statut étranger qui y sera contraire. Je renvoie les applications à la partie spéciale de ces Études.

192. Les auteurs français empruntent à l'article 6 du code Napoléon le terme d'*ordre public* pour désigner les lois qui sont réelles, en ce sens qu'elles excluent le statut personnel de l'étranger (1). Je viens de dire dans quel cas l'*ordre public* est une marque caractéristique de la réalité d'une loi. Quand par *ordre public* on entend le *droit public*, il n'y a aucun doute; toute loi qui se rapporte au droit public est réelle de son essence. L'article 686 du code civil, en contient un exemple; il défend d'établir sur un fonds, ou en faveur d'un fonds, des services qui seraient contraires à l'*ordre public*. Qu'entend on par *ordre public* en matière de servitudes. L'article 638 répond à la question; il porte que, « la servitude n'établit aucune prééminence

(1) Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 85 et suivantes.

nence d'un héritage sur l'autre. » Sous le régime féodal, on disait qu'il n'y avait point de terre sans seigneur, et le suzerain exerçait son autorité non seulement sur les terres, mais aussi sur les possesseurs des fonds. La féodalité civile qui survécut à la féodalité politique, fut abolie dans la célèbre nuit du 4 août 1789, les terres furent affranchies des services féodaux, en même temps que les personnes. C'est cette liberté que les articles 638 et 686 veulent assurer; ces dispositions tiennent par conséquent au droit public, la liberté étant la base de l'ordre politique inauguré par la révolution. Quand on prend le mot *ordre public* dans le sens de droit public, on peut poser comme principe que les lois d'ordre public sont des lois réelles, comme je viens de le dire (n° 191).

L'expression *ordre public* se trouve encore dans l'article 1133, qui définit la cause illicite dans les conventions. « Elle est illicite, dit le code, quand elle est *prohibée par la loi*, quand elle est contraire à l'*ordre public* ou aux *bonnes mœurs* » ; ce qui revient à dire qu'une convention contraire à l'intérêt général ne peut produire aucun effet. En ce sens, l'*ordre public* se rattache à la théorie des statuts. Les particuliers ne peuvent pas blesser l'intérêt de la société, et quand ils le font, le législateur ne peut certes pas leur prêter l'appui de l'autorité, pour qu'ils obtiennent l'exécution forcée d'engagements que la loi réprouve (1). Il va sans dire que ce principe reçoit son application aux étrangers; ils ne pourraient pas demander, en France, l'exécution de conventions relatives aux loteries, puisque les loteries sont prohibées par la législation française, et cette prohibition est d'intérêt général, partant d'*ordre public*, dans le sens large du mot. On peut donc dire avec les auteurs français que toute loi d'intérêt général, ou d'ordre public, en ce sens, est une loi réelle.

Les mots *ordre public* ont encore une autre signification ; ils désignent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résulte. Tel est le sens propre de cette expression dans la matière du droit privé. Le droit

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XVI, p. 170, n° 124

privé, comme le mot même l'indique, ne s'occupe point des intérêts généraux de la société ; donc quand le code dit, dans l'article 6, que les particuliers ne peuvent, par leurs conventions, déroger aux lois qui concernent l'ordre public, il doit entendre par là d'autres lois que celles de droit public. J'ai établi, dans mes *Principes de droit civil* (1), que les lois intéressant l'ordre public sont celles qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée. Le législateur français l'entend en ce sens dans l'article 1388, qui contient une application de l'article 6 : « Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ni aux droits conférés au survivant des époux par les titres de la Puissance paternelle et de la Minorité. » De ce que les lois d'état sont d'ordre public, faut-il conclure qu'elles forment un statut réel ? Le code Napoléon dit le contraire, dans l'article 3, aux termes duquel les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ; ces lois sont donc personnelles, et toute la tradition est en ce sens ; à partir des glossateurs, on a toujours qualifié de statuts personnels ceux qui règlent l'état et la capacité des personnes. Telle étant la signification de l'expression *ordre public* en matière de droit privé, il n'est pas possible de l'employer pour désigner les *lois réelles*, car on aboutirait à un non-sens, à savoir que les lois d'ordre public seraient réelles, alors qu'elles sont personnelles, d'après le texte même du code.

193. Il y a une nuance très délicate entre les *lois d'ordre public* qui, d'après le code Napoléon, sont *personnelles*, et les *lois d'ordre public*, qui sont *réelles* comme étant de *droit public*. Pourquoi range-t-on les lois de *droit public* parmi les *lois réelles*? C'est parce qu'elles sont d'intérêt général. Or, l'intérêt général joue aussi un rôle dans les lois qui régissent l'*état* et la *capacité* des personnes. Pour classer les personnes et leur assigner un état, le législateur prend en considération l'intérêt de la

(1) T. Ier, nº 47, p. 83.

société. Quand il s'agit de fixer l'étendue de la puissance paternelle, ce n'est pas l'intérêt de tel père ni de tel enfant que le législateur a en vue; c'est d'après les mœurs, l'état social, les sentiments généraux de la nation qu'il confère la puissance paternelle et qu'il en fixe les caractères et les limites. En ce sens, les *lois d'ordre public* sont d'intérêt général, aussi bien que les lois de *droit public* : pourquoi donc les unes sont-elles des statuts *personnels*, et les autres des statuts *réels?* C'est qu'il ne suffit point que l'intérêt général intervienne dans une loi pour que par cela seul elle forme un statut *réel;* sinon il faudrait dire, comme on le faisait au moyen âge, que toute loi est réelle, car la loi a toujours pour objet un intérêt général : c'est précisément là la mission du législateur. Quel est donc le caractère distinctif des lois *réelles?* C'est qu'elles intéressent l'existence, la conservation, le perfectionnement de la société, c'est la société qui y figure comme partie principale : voilà pourquoi on les appelle des lois de *droit public*, parce que le *public* est en cause. Telles ne sont pas les lois qui règlent l'état des personnes; ce sont les *individus* qui y figurent comme parties principales, c'est leur état qui est fixé, c'est leur capacité ou leur incapacité qui est déterminée; en ce sens, les lois d'*état* appartiennent au *droit privé*.

J'insiste sur ces notions, parce qu'elles sont fondamentales, et c'est pour qu'on ne confonde pas les lois d'*état*, qui sont d'ordre *privé*, avec les lois d'*intérêt général*, qui sont de droit *public*, que je rejette l'expression des auteurs français, d'après lesquels les lois d'*ordre public* seraient *réelles*. Il y a là une confusion de mots et d'idées qui prête à l'erreur, et qu'il importe d'éviter. La doctrine et la jurisprudence s'y sont trompées. Je dois m'y arrêter, parce que la même confusion se trouve dans le code italien, comme je le dirai plus loin.

191. Merlin s'y est trompé. Il a d'abord enseigné que l'incapacité de la femme mariée forme un statut *personnel*, ce qui me paraît de toute évidence, puisque la femme devient incapable par suite d'un changement d'état, conséquence de son mariage. Puis Merlin a changé

d'avis. Ce qui le decida à déclarer le statut *réel*, c'est que le statut personnel cède devant une loi qui est d'*ordre public* ; or, telle est la puissance maritale. Il est très vrai que le mariage, la puissance maritale, le changement d'état de la femme et son incapacité sont d'*ordre public*, dans le sens des articles 6 et 1388 du code Napoléon. Mais si cela suffit pour réputer réelle l'incapacité de la femme mariée, il faudra considérer comme réelles toutes les lois qui règlent l'état, car toutes sont d'*ordre public*, dans le sens que ce mot a en matière de droit privé. Ainsi les lois *personnelles* deviendraient toutes *réelles!* Voilà la confusion, et l'erreur à laquelle elle conduit. Il faut dire que l'incapacité de la femme est, à la vérité, d'*ordre public*, mais elle n'est point d'*intérêt général*, en ce sens que la société y soit intéressée ; ce qui le prouve, c'est que la loi elle-même permet aux époux d'y déroger dans de certaines limites par leurs conventions matrimoniales (1).

La cour de Paris s'y est trompée également, dans une question très grave. On demande si un époux divorcé en Belgique peut se marier en France. Non, dit la cour, car le *mariage* est d'*ordre public* ; de là elle conclut que les conditions du mariage, telles que la loi française les règle, sont obligatoires pour l'étranger, quel que soit son statut personnel (2). On pourrait faire le même raisonnement pour toutes les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes ; toutes sont d'*ordre public*, donc, dans le système de la cour de Paris, toutes ces lois seraient obligatoires pour l'étranger. C'est nier le statut personnel que le code consacre dans l'article 3. Il ne suffit donc pas qu'une loi soit d'ordre public, dans le sens des articles 6 et 1388, pour qu'elle forme un statut réel : il faut qu'elle concerne l'existence ou la conservation de la société. Pour le divorce, il y a d'autres difficultés ; je les examinerai dans la partie spéciale de ces Études.

Je conclus qu'en matière de statuts, il est dangereux de se servir de l'expression d'*ordre public*, parce qu'elle est

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 133, n° 91.
(2) Voyez les arrêts cités dans mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 139, note 1.

ambiguë; elle signifie tantôt ce qui est d'*intérêt général* ou de *droit public*, et en ce sens, il est vrai de dire que les *lois d'ordre public* sont *reelles*; mais, en matière de droit privé, l'*ordre public* indique l'état et la capacité des personnes, et en ce sens, les *lois d'ordre public* sont *personnelles*. Pour éviter cette confusion et l'erreur qui en résulte, il vaut mieux, dans le droit international privé, et notamment quand il s'agit de définir le statut réel, ne pas parler d'*ordre public* : il faut dire que sont réelles les lois qui concernent les *droits* de la *société*, et la société n'a de droits que lorsque son existence, sa conservation ou son perfectionnement sont en cause.

195. Le code civil n'a point de définition du statut réel. L'article 3 consacre la théorie traditionnelle des statuts, bien qu'il ne se serve pas de la terminologie usitée depuis le temps des glossateurs, peut-être parce que la réalité et la personnalité des lois avaient donné lieu à d'interminables controverses. Mais ces longs débats ne tenaient pas aux termes qui désignaient les diverses lois ; ils tenaient à la distinction même que l'on établissait entre les statuts réels et les statuts personnels. Au moyen âge, et encore au seizième siècle, en France et en Belgique, on suivait la maxime que toute coutume est réelle; si les réalistes, à la suite des glossateurs, admettaient que certaines lois, celles qui régissent l'état des personnes, sont personnelles, c'était à titre d'exception; mais quand il s'agissait des biens, ils maintenaient la réalité. Plus tard, s'introduisit une nouvelle distinction entre les meubles et les immeubles ; c'est cette théorie que le code Napoléon a reproduite implicitement dans l'article 3. La théorie est fausse. Elle se base sur la souveraineté, qui étend son empire sur toutes choses et sur toutes personnes. Si cette notion de la puissance souveraine était exacte, il n'y aurait point de statuts personnels; la loi territoriale exclurait d'une manière absolue toute loi étrangère, partant il n'y aurait point de statut personnel, et cependant, le code civil admet la personnalité du statut qui régit l'état et la capacité des personnes, et il maintient implicitement la personnalité du statut des meubles. Cela

prouve que la distinction traditionnelle est inexacte. Un statut n'est pas personnel parce qu'il concerne les personnes; sans cela, toutes les lois seraient personnelles, alors même qu'elles traitent des biens; car, comme le disait le Livre préliminaire du Code civil (1), la *loi se rapporte aux biens pour l'utilité commune des personnes*. Par la même raison, on ne peut pas dire non plus qu'un statut est réel par cela seul qu'il concerne les biens, car si la loi s'occupe des biens, c'est à raison de la personne: ce sont les *personnes* et non les *biens* qui forment l'objet des lois.

C'est la souveraineté qui est le fondement de la distinction des statuts, au témoignage de Portalis. Il faut donc chercher si la souveraineté doit rendre toutes les lois réelles, ou si elle n'est intéressée qu'à la réalité de certaines lois, d'où suivrait que les autres sont personnelles. Cette distinction découle, en effet, de la souveraineté, telle que la doctrine moderne la conçoit. C'est une mission, or le législateur a pour mission d'organiser la société de manière que les individus puissent développer toutes les facultés dont Dieu les a doués. Toutes les lois qui ont pour but l'organisation sociale sont réelles de leur nature; elles embrassent les hommes et les choses, sinon l'existence de la société serait compromise, ce qui laisserait les droits des particuliers sans garantie. Par contre, le législateur n'a pas pour mission de régler les droits et les intérêts individuels : c'est le domaine des individus. En effet, les individus aussi ont leur souveraineté, dans les limites de laquelle ils doivent jouir d'une entière liberté et d'une égalité absolue; donc chacun doit avoir le droit d'invoquer sa loi nationale, qui est l'expression de son individualité. Je conclus que si les lois de droit public sont réelles, les lois de droit privé sont personnelles. Le code Napoléon ignore cette doctrine; il a reproduit la théorie traditionnelle, qui remonte à une époque où l'État était tout et l'homme rien. Il faut que l'ancienne

(1) Tit. I, art. 7. On sait que ce Livre préliminaire fut retranché comme étant du domaine de la doctrine.

distinction des statuts soit modifiée en ce sens que l'individu et la société soient libres et souverains chacun dans sa sphère : les lois de droit social seront réelles et les lois de droit privé seront personnelles.

§ III. *L'ordre public d'après les Anglo-Américains.*

190. Story dit qu'aucun État n'est obligé de reconnaître des droits, des contrats ou des actes qui lui seraient préjudiciables, ou qui seraient en opposition avec sa propre police (1). Voilà la formule anglo-américaine des lois de droit public ou des lois réelles. A vrai dire, les légistes des États-Unis, comme ceux d'Angleterre, n'admettent point la distinction des lois personnelles et des lois réelles. Story a emprunté sa formule à Huber, qui jouit d'une grande autorité en Amérique, bien que les légistes ne semblent le connaître que par l'ouvrage de Story sur le Conflit des lois ; or, le jurisconsulte hollandais appartient à l'école des réalistes, que Fœlix représente en France, et dont les organes les plus distingués sont d'Argentré, Bourgoingne et Jean Voet. J'ai exposé leur doctrine dans la partie historique de ces Études ; c'est le réalisme du moyen âge, sauf quelques accommodements aux nécessités des relations internationales. Les réalistes posent comme règle que toute loi concernant les personnes et les biens est réelle ; ils ne reconnaissent de lois personnelles que par exception, quand il s'agit de l'état et de la capacité des personnes. C'est à peine si l'on peut dire qu'ils admettent la personnalité de ces lois. En droit strict, ils la rejettent, puisqu'ils partent du principe que la souveraineté territoriale exerce son empire sur toutes les choses et sur toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire ; c'est seulement par courtoisie qu'ils reconnaissent les lois étrangères relatives à l'état des personnes, et chaque nation est juge de ce qu'elle veut concéder par convenances. En fait, tout est subordonné à l'intérêt national. Dans cet ordre d'idées, il est inutile de

(1) Story, *Conflict of laws*, § 70, p. 70 de la 7e édition.

définir les lois réelles, car toute loi est réelle; quant aux lois personnelles, elles sont une exception que l'on restreint dans les limites les plus étroites (1).

197. Toutefois, le droit anglo-américain n'est pas aussi réaliste qu'il en a l'air. Là où il n'y a point de Code, on ne peut pas dire qu'il y ait une doctrine arrêtée; la tradition domine, il est vrai, mais quelque grande que soit son autorité, elle finit par perdre de son influence. La jurisprudence est toute-puissante dans la *common law*, si elle fait le droit, en un certain sens, elle le défait aussi. Le changement est préparé par la doctrine. J'ai dit, dans la partie historique de ces Etudes, que les légistes anglais secoueront le joug d'une tradition qui remonte à la conquête de l'Angleterre par les Normands. Nous allons entendre Phillimore, un des écrivains les plus récents; son traité de *Droit international ou de la Courtoisie* (2) a paru en 1874; le *droit* s'y confond encore avec la courtoisie internationale, mais la courtoisie n'est plus l'*intérêt*, l'*égoïsme* national, elle tend à se transformer en droit (3).

Le point de départ de Phillimore est la communauté de droit de Savigny. Le juge n'a pas à examiner si une loi est étrangère ou territoriale; il ne peut pas rejeter le statut personnel par la seule raison qu'il émane d'une souveraineté étrangère; il doit rechercher quelle est, d'après la nature du fait juridique, la loi qui doit recevoir son application : est-ce une loi étrangère, le juge l'appliquera au même titre que si c'était une loi nationale. Nous voilà loin de la souveraineté territoriale et de l'empire exclusif de la loi qui en est l'expression. On peut dire, dans le langage de la tradition, que la loi personnelle devient la règle, et la loi territoriale l'exception. Quand y a-t-il lieu à cette exception ? Phillimore admet trois catégories de lois ayant un caractère strictement réel.

D'abord, les lois politiques ou constitutionnelles. Sur ce point, tout le monde est d'accord; la loi étrangère ne peut être invoquée contre une loi fondamentale ou consti-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 117, § 57 de la 4e édition.
(2) *Private international law, or Comity.*
(3) Phillimore, *International law*, t. IV, p. 11 et suiv., §§ 11-17.

tutionnelle de l'Etat où l'on voudrait s'en prévaloir. Phillimore comprend par là les lois qui concernent la sûreté de l'Etat et l'*intérêt public*; cette dernière expression est dangereuse, parce qu'elle favorise des décisions judiciaires comme celle de la cour de la Louisiane, que Phillimore qualifie de monstrueuse : il faut que le *droit* prenne la place de l'*intérêt* si l'on veut qu'il y ait un *droit* civil international.

Viennent ensuite les lois religieuses et morales. Phillimore pose comme principe que l'on ne peut admettre, dans un Etat chrétien, une loi étrangère qui serait contraire aux lois immuables que Dieu a écrites dans la conscience de l'homme, ni aux lois qui font l'objet de la Révélation. Certes, un étranger ne pourrait se prévaloir de son statut personnel contre la loi morale de l'Etat ou le débat est engagé. Mais est-il bien vrai que cette loi morale soit *immuable?* C'est l'illusion des écrivains chrétiens; elle tient à une illusion plus dangereuse, celle de la vérité révélée. Il n'y a point de révélation miraculeuse, l'homme a pour mission de chercher la vérité, et il ne la possédera jamais telle qu'elle existe en Dieu. La vérité révélée des chrétiens, comme celle des juifs ou toute autre, n'est qu'un préjugé; c'est une entrave au libre développement du droit, et tant que les légistes ne s'en seront pas affranchis, ils parleront vainement d'une communauté de droit entre les peuples, ils devront en exclure les non-chrétiens, et entre chrétiens mêmes, il y aura autant de vérités révélées que de sectes. C'est pour rétablir la vérité que j'ai consacré une longue étude au christianisme dans l'histoire du droit international. J'y renvoie (1).

Il y a ensuite des lois strictement territoriales, produit des sentiments, des idées, des habitudes de chaque nation. Ces lois n'ont de force que dans les limites du territoire où elles ont pris naissance. Cela est vague et aurait besoin d'être précisé. La sentence que Phillimore emprunte à Huber révèle le danger : « Aucun Etat n'est tenu d'admettre par courtoisie une loi étrangère, si l'application

(1) Voyez le tome Ier de ces Etudes, nos 120-152.

lui était *préjudiciable*. — Voilà de nouveau la doctrine de l'*intérêt*, qui fait un étrange contraste avec celle du *droit*. Il faudrait au moins définir quel est ce préjudice, et quel est l'*intérêt* lésé, sinon l'abus est inévitable, et l'on s'expose à une jurisprudence montrueuse comme celle que Phillimore a raison de flétrir.

Les principes sont vagues et l'application n'en sera pas toujours facile. Que fera le juge s'il y a doute? Aux Etats-Unis, les cours appliquent la loi nationale, ce qui est très logique dans le système de la réalité. Et il faut ajouter que l'intérêt américain est une raison déterminante pour écarter tout statut personnel. Phillimore dit que cette jurisprudence lui paraît très contestable, sans donner ses motifs. La question est capitale : s'il suffit d'un doute pour se prononcer en faveur du statut réel, le statut personnel ne sera plus qu'une fiction : et si on l'écarte : dès que l'intérêt américain le demande, c'est une dérision de parler d'un droit international privé. Je suis heureux de constater que Phillimore n'accepte pas cette doctrine; mais j'aurais voulu qu'il insistât sur son dissentiment, et qu'il défendît ouvertement la cause du droit contre l'intérêt; si le droit doit se taire dès que l'intérêt parle, il n'y a plus de droit. Toujours est-il qu'en s'éloignant du réalisme anglo américain, Phillimore se rapproche de la théorie de la personnalité qui règne sur le continent; c'est un lien entre les deux systèmes contraires qui se partagent la science du droit international privé ; le rapprochement légitime l'espoir que l'accord finira par s'établir.

§ IV. — *L'ordre public dans la doctrine allemande.*

198. La difficulté de définir les lois réelles est grande, quand on reconnaît comme règle la personnalité des lois. Les jurisconsultes allemands ont rejeté la vieille terminologie et la doctrine dont elle est l'expression. Savigny enseigne qu'il y a entre les peuples une communauté de droit, en ce qui concerne les relations d'intérêt privé. A ce point de vue, les lois étrangères sont sur la même ligne que les lois nationales, il n'y a plus de conflit entre

les lois des divers Etats; le juge n'a qu'une chose à examiner, la nature du fait juridique qui lui est soumis; il applique à ce fait la loi qui le régit, soit la loi nationale, soit la loi étrangère, selon le caractère du fait. Mais cette règle n'est pas absolue, elle reçoit des exceptions; il y a des cas où la loi nationale doit recevoir son application, bien que, d'après la nature du fait juridique, il y eût lieu d'appliquer la loi étrangère. Quelles sont ces exceptions? Savigny avoue que c'est là la grande difficulté que présente le droit civil international. S'il y avait moyen de définir les cas où la loi nationale exclut la loi étrangère, on pourrait espérer une conciliation entre les opinions contraires qui divisent les auteurs ainsi que les lois des divers peuples. Pour déterminer les exceptions, Savigny procède par voie d'énumération plutôt que par voie de principe, ce qui prête déjà à la critique, car l'énumération ne saurait jamais être complète. Le célèbre jurisconsulte distingue deux ordres de lois qui font exception à la règle de la communauté de droit. D'abord les lois d'une nature essentiellement positive et de coaction; ensuite les lois concernant des institutions juridiques qui ne sont pas reconnues par l'Etat et qui, par conséquent, ne peuvent y jouir d'aucune protection légale (1). Savigny ne remonte pas au principe d'où découlent ces deux catégories de lois, de sorte qu'il est impossible de limiter d'une manière précise les exceptions qui en résultent. Qu'est-ce qu'une *loi essentiellement positive et de coaction?* On ne le sait. Quel est le *caractère* des *institutions juridiques* qui empêche de leur reconnaître un effet légal à l'étranger? On l'ignore. Notre langue même répugne à ces vagues expressions. Il faudrait commencer par définir les mots dont on se sert. Je crois inutile d'insister sur cette critique que j'ai déjà faite dans la partie historique de ces Etudes (2). Les applications que Savigny donne de sa théorie sont plus claires.

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 32, § 349. Comparez la critique de Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 109-111, § 33.

(2) Voyez le tome Ier de ces Etudes, nos 421, p. 621.

199. La morale devrait être la même partout ; si elle diffère d'un pays à l'autre, c'est par suite des religions positives qui parfois vicient le sens moral au lieu de l'éclairer. Savigny et tous ceux qui ont écrit sur le droit civil international s'accordent à enseigner que la loi religieuse qui autorise la polygamie est strictement limitée au territoire sur lequel s'étend l'empire de cette loi. Dans les Etats chrétiens, disent-ils, on ne reconnaîtrait pas les unions polygamiques. Cela est d'évidence. Mais la manière dont l'exception est formulée est elle-même un préjugé. Les chrétiens oublient que l'Ancienne Loi reconnaissait la polygamie, et que la Nouvelle Loi n'a fait que compléter l'Ancienne. Et le christianisme historique, on l'oublie encore, a introduit une nouvelle division dans l'humanité en créant un crime imaginaire, l'hérésie. Si, d'après les lois de son pays, l'hérétique est exclu de la jouissance des droits civils et naturels, cette infamie le suivra-t-elle dans les pays où l'hérésie est un droit, comme en Belgique, ou dans les pays où la religion consiste précisément dans cette hérésie? Savigny est un de ces hérétiques, descendant d'une des familles de huguenots que l'intolérance de l'Eglise et l'odieuse législation de Louis XIV ont chassées de la France. Il se prononce, cela va sans dire, en faveur des hérétiques. Mais n'est-il pas infidèle à ses principes en maintenant l'incapacité civile du moine, par le motif qu'il s'est soumis volontairement à la mort civile qui le frappe? (1) L'Eglise catholique connaît aussi une servitude volontaire, et elle la place au-dessus de la liberté ; est-ce que ces esclaves volontaires seraient traités comme esclaves là où la liberté est le droit commun, même pour les moines? Non, certes.

200. Savigny place l'esclavage et la mort civile parmi les institutions juridiques qui, par leur *caractère*, sont particulières à certains pays et qui, à ce titre, forment une loi territoriale, ou un statut réel, dans le langage de la tradition. Quel est ce *caractère*? Pour l'esclavage, il n'y a aucun doute : c'est un crime tout ensemble et une

(1) Savigny, *System*, t. VIII, p. 36 et 37, 160 et 161.

immoralité que de traiter l'homme comme une chose. Mais la mort civile, Savigny l'avoue, n'est pas plus immorale que toute autre peine d'une sévérité excessive; la seule raison pour laquelle il refuse de reconnaître les effets de la mort civile à l'étranger, c'est que cette institution n'est pas admise par la loi locale (1). A ce titre, les États catholiques pourraient aussi refuser de reconnaître les effets du divorce. On voit ici la nécessité d'un principe. Si la mort civile n'est pas immorale, elle n'en viole pas moins les lois de la nature, en réputant mort celui qui est vivant. Voilà pourquoi notre Constitution l'a abolie, et une institution qui viole la nature humaine est par cela même en opposition avec l'ordre social.

201. Savigny range encore parmi les exceptions, c'est-à-dire parmi les lois réelles, les lois qui ont un caractère politique ou économique (2). Telles sont les lois qui défendent aux établissements de mainmorte d'acquérir. Les corporations étrangères seront frappées de cette incapacité aussi bien que les établissements indigènes, parce que les motifs politiques, économiques et moraux sont les mêmes. Par identité de raison, les corporations, quoique déclarées incapables par la loi du pays où elles sont établies, pourraient acquérir là où cette incapacité n'existe pas. Je reviendrai sur ce point : il y a une incapacité plus grande qui frappe les corporations, à mon avis, elles n'ont point d'existence légale hors du pays où elles se sont formées, dès lors, elles ne sauraient exercer un droit quelconque.

Il y a des incapacités qu'il est difficile de justifier; telle est la loi qui défend aux juifs d'acquérir des immeubles. Elle n'est fondée que sur un préjugé chrétien, cependant il est certain qu'on l'appliquerait aux juifs étrangers comme aux indigènes, parce que telle est la volonté du législateur. L'incapacité suivrait-elle aussi le juif dans les pays où, comme en France et en Belgique, ces prohibitions n'existent pas? C'est, il est vrai, un statut personnel, mais il est en opposition avec la liberté religieuse,

(1) Savigny, *System*, t. VIII, p. 37 et 163, n[os] 6 et 7.
(2) Savigny, *System*, t. VIII, p. 161.

avec la liberté civile, avec la constitution économique, de sorte qu'à tous égards, l'incapacité serait contraire à l'intérêt et au droit de la société; et le droit de la société l'emporte sur le statut personnel (1).

202. Enfin Savigny exclut de la règle qui établit une communauté de droit des priviléges qui n'ont rien de commun avec la capacité ou l'incapacité, et que par conséquent on ne peut pas comprendre dans la théorie des statuts. Tels sont les priviléges dont jouit la noblesse dans quelques États, en matière de succession, et ceux que l'on accorde aux églises ou au fisc dans le concours des créanciers, ainsi que certains priviléges des mineurs (2). D'après notre droit public, il ne peut plus être question d'un privilége quelconque appartenant à la noblesse ou à des corporations. Quant aux mineurs, leur état forme un statut personnel, qu'ils peuvent invoquer partout sauf, quand les faveurs qui y sont attachées se trouvent en conflit avec une loi territoriale qui serait d'ordre social. On voit que la difficulté de distinguer les statuts réels revient à chaque pas, et Savigny ne pose aucun principe qui puisse servir à résoudre la difficulté. Il espère que les conflits iront en diminuant, parce que les lois du caractère positif et local tendent à disparaître. Cela est vrai pour les lois réelles qui ont leur source dans les préjugés religieux; quelque tenaces qu'ils soient, ils finiront par céder à l'action lente, mais irrésistible, du progrès intellectuel et moral. Mais il y a une autre cause de conflits, celle qui résulte des idées politiques; la démocratie envahit le monde; est-ce à dire qu'elle régnera seule? Les nations sont de Dieu, et elles se distinguent nécessairement par un génie divers. Le développement de l'humanité le veut ainsi; l'uniformité serait funeste, puisqu'il y aurait des faces de la nature humaine qui ne seraient point représentées. Tel ne saurait être l'idéal vers lequel les nations tendent. L'unité absolue serait la mort. A raison du caractère individuel des nations, il y aura toujours des

(1) Savigny, *System*, t. VIII, p. 36 et 161, n° 4

(2) Savigny, *System*, t. VIII, p. 163-165

lois réelles. Mais les particularités nationales n'empêchent point qu'il y ait entre les peuples un lien commun, qui les unit, et qui permet d'établir entre eux une société où règne le droit; la communauté de droit suffit à nos aspirations.

§ V. — *L'ordre public d'après le code italien.*

203. Les articles 6-11 des Dispositions préliminaires du code civil italien contiennent les principes généraux du droit international privé; puis vient l'article 12, ainsi conçu : « Nonobstant les dispositions des articles précédents, les lois, les actes et les jugements d'un pays étranger, ainsi que les dispositions et conventions privées ne pourront, en aucun cas, déroger aux *lois prohibitives* du royaume concernant les personnes, les biens ou les actes, ni aux lois qui intéressent d'une manière quelconque l'*ordre public* et les *bonnes mœurs.* »

La disposition est générale; elle a pour objet de sauvegarder les droits de la souveraineté territoriale, en face des lois étrangères qui régissent les personnes, les biens meubles et les successions. D'après l'article 12, la loi territoriale l'emporte sur le statut national de l'étranger, dans deux cas : d'abord quand la loi territoriale est *prohibitive*, et en second lieu quand elle intéresse l'*ordre public* ou les *bonnes mœurs.* Le sens de cette disposition, quand on la met en rapport avec le projet de code civil et avec les modifications qu'il a subies, est assez douteux (1). Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ces détails. Je me borne au texte. Qu'entend-on par *lois prohibitives* concernant les *personnes*, les *biens* et les *actes?* Suffit-il qu'une loi soit conçue dans la forme d'une prohibition, pour devenir réelle? Tel ne peut être le sens du code italien; en effet il en résulterait que les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes forment des statuts réels, tandis que le code les déclare personnels (art. 6). Je prends un exemple dans notre code civil. L'article 144

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 55, note 1.

porte : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. » Voilà une disposition prohibitive, comme la plupart de celles qui sont relatives à l'état des personnes. En faut-il conclure qu'elle oblige les étrangers, comme semble le dire l'article 12 du code italien? Non, certes, car l'article 6 du même code dit tout le contraire : « L'état de la personne, sa capacité et les rapports de famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle elle appartient. » Voici une autre disposition prohibitive (C. Nap., art. 147) : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » Cette prohibition forme un statut réel; non parce qu'elle est prohibitive, mais parce que la bigamie est un crime; partant l'étranger ne saurait être admis à contracter un mariage polygamique. On voit que la forme prohibitive est indifférente. Tantôt le statut prohibitif dans la forme est personnel, tantôt il est réel, cela prouve que ce n'est pas la forme mais la nature de la disposition qui détermine la nature du statut; dans mon opinion, il sera personnel s'il est d'ordre privé, et il sera réel s'il est d'ordre public. Le législateur italien n'a certes pas voulu dire le contraire; toujours est-il que la disposition, telle qu'elle est rédigée, loin d'aider le juge à distinguer le statut territorial du statut personnel ou national, peut l'induire en erreur.

Quant à la seconde catégorie de lois, celles qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs, je renvoie à la critique que j'ai faite de l'expression d'*ordre public* (1). Elle n'apprend rien à l'interprète, et elle peut l'égarer. En définitive, l'article 12 du code italien est mal rédigé. Les lois *prohibitives* disent trop et on peut ajouter qu'elles ne disent pas assez; une disposition peut intéresser la société et les droits de l'État, sans être prohibitive, elle formera néanmoins un statut réel. Et les lois d'*ordre public* disent aussi trop, puisque toutes les lois qui régissent l'état des personnes sont d'ordre public, et loin d'être des statuts réels, elles sont personnelles, aux termes mêmes du code italien.

(1) Voyez plus haut, n° 192, p. 352.

201. Mancini et Asser, dans leur rapport présenté à l'Institut du droit international, ont proposé une autre formule du même principe ; la modification qu'ils ont apportée à la rédaction du code italien est remarquable, puisque Mancini est un des rédacteurs de ce code. Voici la nouvelle rédaction : « Les lois *personnelles* de l'étranger ne peuvent obtenir reconnaissance et effet dans le territoire soumis à d'autres souverainetés, si elles sont en opposition avec le *droit public* et avec *l'ordre public* de ce même territoire. » Quelle différence les auteurs du rapport font-ils entre le *droit public* et l'*ordre public?* Ils ne s'en sont pas expliqués. Dans le langage juridique ces expressions sont synonymes. Nous en avons la preuve dans ce qui s'est passé lors de la discussion du code civil. L'article 6, dans le projet, portait : « Lois qui intéressent le *public*. » Boulay proposa la rédaction actuelle, *ordre public*, sans motiver le changement (1). Portalis se sert toujours de l'expression *droit public*. Le Tribunat objecta que les Romains entendaient par *droit public* les lois écrites et solennellement publiées, par opposition aux coutumes et usages. Portalis répondit que lorsqu'il s'agit de savoir si les parties peuvent déroger aux lois, les jurisconsultes distinguent. On lit dans le Digeste : « Qu'il est permis de traiter contre la teneur d'une loi qui ne touche qu'à l'*utilité privée* des hommes. » Par opposition à ces lois d'intérêt privé, les jurisconsultes enseignent que les particuliers ne peuvent déroger par leurs conventions à ce qui est de *droit public*, et ils entendent par là ce qui intéresse plus directement la société que les citoyens. Le code entend par *ordre public* ce que les jurisconsultes romains appellent *droit public*. C'est en ce sens que Portalis dit : « On annule les conventions contraires au *droit public*; on n'annule pas celles qui ne touchent qu'au *droit privé* ou à des *intérêts particuliers* (2). »

Pour montrer combien il est difficile de formuler le

(1) Du moins, on ne trouve pas de motif dans les procès-verbaux de Locré.
(2) Portalis, Discours prononcé au Corps législatif, le 23 frimaire an x (Locré, t. I, p. 263, de l'édition belge).

principe que tout le monde admet, je vais citer encore la définition que donne l'auteur d'un *code du droit international* : « Aucun acte n'est valable ni quant à sa forme, ni quant à sa substance, s'il est contraire aux *bonnes mœurs* ou au *droit public*, aux *institutions* et *prohibitions* existant dans le pays où il doit recevoir son exécution(1). » Les mots *institutions* et *prohibitions* rappellent la doctrine de Savigny; on voit ce qu'elle devient quand on la transporte dans les lois; elle aboutirait à écarter le statut personnel dans tous les cas où il se trouverait en conflit avec une loi territoriale, car toute *loi* est une *institution*. C'est-à-dire qu'il n'y aurait plus de statut personnel, puisque ce statut n'a de raison d'être que lorsqu'il se trouve en conflit avec une loi du territoire où l'étranger veut s'en prévaloir.

§ VI. *Conclusion.*

203. L'article 6 du code civil que les auteurs et les codes suivent, au moins pour la rédaction, est étranger à la matière des statuts. Il en est de même de la distinction que les jurisconsultes romains font entre le *droit public* et le *droit privé*; elle n'a rien de commun avec la théorie des statuts, laquelle était inconnue des anciens. Toutefois on peut appliquer aux statuts la doctrine romaine en étendant aux hommes, quelle que soit leur nationalité, ce que les jurisconsultes de Rome disaient des citoyens. Il y a des lois d'*intérêt social*; ce sont celles que Savigny nomme *coactives*, et que le code italien appelle *prohibitives* ou d'*ordre public*; les étrangers ne peuvent pas opposer à ces lois leur statut personnel, parce que la société a droit et intérêt à ce qu'elles soient strictement observées; et le droit de la société domine le droit des individus, quels qu'ils soient, étrangers ou nationaux. Il en est autrement des droits d'intérêt privé : la société n'est pas intéressée à ce que ces droits soient réglés par la loi territoriale, partant elle peut et elle doit recon-

(1) Domin-Petrus-Hevecz. *Précis d'un code de droit international*, article 200.

naître, en cette matière, les droits des individus, tels qu'ils sont réglés par leur loi nationale. Telle est la doctrine sur laquelle repose, dans mon opinion, la distinction des statuts réels et des statuts personnels. Je vais essayer de la formuler.

Sont *réelles* les lois qui concernent les *droits* de la *société*. L'expression *droits de la société* est généralement employée comme synonyme d'*intérêts généraux* ou *sociaux*. Elle implique une opposition des *droits de la société* et des *droits* appartenant à des *particuliers*. Sous ce rapport, elle exprime la même idée que les mots *ordre public* qui se trouvent dans l'article 6 du code Napoléon. Je viens de dire pourquoi le terme *ordre public* ne convient point en matière de statuts. Le mot romain *jus publicum* vaudrait mieux ; il marque que le *public*, comme disait le projet de code civil, c'est-à-dire, la *société* est en cause ; or, les lois qui intéressent la *société* ont le caractère de *réalité*, en ce sens qu'elles reçoivent leur application de préférence à tout autre statut qu'on voudrait leur opposer. Si je me sers de l'expression *droits de la société*, c'est parce qu'ils ont une signification plus étendue et comprennent, par conséquent, des lois qu'il serait difficile de rapporter au *droit public*. Cette expression a un sens technique ; dans sa plus large acception, elle comprend les lois constitutionnelles et administratives ; or, il y a des lois qui ne rentrent point dans le droit constitutionnel et administratif et qui néanmoins forment un statut réel. Telles sont les lois *pénales* et les lois qui concernent les *bonnes mœurs*, tandis que ces lois sont comprises dans le mot, *droits de la société*. Or, il importe que la définition des lois réelles soit assez large pour qu'elle comprenne toutes les matières que la société a intérêt et droit de régler.

Je ne parle pas de l'*intérêt social* et j'évite même de me servir du mot *intéresser* que le code Napoléon emploie dans l'article 6. Ce n'est pas une affaire de purisme ; toute la doctrine du droit international privé est en cause dans le mot *intérêt*. J'ai combattu, dans tout le cours de ces Études, la théorie des Anglo-Américains qui rapportent

tout à l'*intérêt* national, parce que je la crois fausse et dangereuse. L'utilité n'est pas un principe : que de fois a-t-on invoqué l'*intérêt* pour pallier et pour exécuter les plus grandes iniquités ! Ces conséquences funestes se produiraient aussi dans la justice internationale, si on lui donnait l'intérêt pour base. Je rappellerai le fameux arrêt de la cour de la Louisiane, qui a été qualifié de monstrueux parce qu'il subordonne le droit à l'*intérêt* des citoyens américains (1). Si le droit se modifie d'après l'intérêt, il n'y a plus de droit, plus de sécurité dans les relations civiles, c'est le règne de l'arbitraire le plus absolu. Notre science domine les intérêts; elle demande que l'on respecte la loi personnelle de l'étranger au nom du lien qui unit les hommes et les peuples, le lien d'une communauté de droit, et elle veut aussi que le *droit de la société* soit respecté. Sur le terrain du droit, on peut donner satisfaction à l'Etat et aux individus, tandis que les *intérêts* seront toujours en conflit.

206. Il reste une difficulté qu'aucune définition ne peut résoudre. Comment distinguera-t-on les lois qui concernent les *droits de la société*? D'après quel principe fera-t-on la part entre la société et les particuliers? C'est le débat séculaire sur la question de savoir quand un statut est personnel et quand il est réel, et l'on pourrait croire que le débat n'aura point de fin, puisque la question se reproduit toujours (2). Non, la difficulté reçoit une solution, et les longs travaux des légistes ont servi à la préparer. Au seizième siècle, on suivait comme maxime générale et incontestée que toute coutume est souveraine. C'était dire que l'Etat est tout et que l'individu n'est rien. La souveraineté était considérée comme une puissance absolue, exclusive de toute loi étrangère, de tout droit personnel. Aujourd'hui l'on entend dire que l'Etat n'a plus d'autre mission que d'abdiquer successivement toutes ses prérogatives au profit de la souveraineté individuelle.

(1) Voyez plus haut n° 77 et le tome I[er] de ces Etudes, n° 395.

(2) Fiore, *Diritto civile internazionale*, p. 42, n° 28, dit qu'il est impossible de tracer une ligne de démarcation entre les lois d'ordre public et les lois d'ordre privé.

Voilà les deux doctrines extrêmes. Elles aboutissent à dire, l'une que tout statut est réel, l'autre que tout statut est personnel. Les deux principes sont excessifs et partant faux. Rapporter tout à l'individu, c'est ruiner la société, et où l'individu trouve-t-il des garanties pour ses droits sinon dans l'état social? Rapporter tout à l'Etat, c'est détruire l'individualité humaine, et que serait la société si les individus étaient sans force et sans vie? Il y a donc une part à faire à l'individu, et il y a une part à faire à la société. Comment faire ce partage? Notre question revient: Quand les lois seront-elles réelles, c'est-à-dire souveraines, et quand seront-elles personnelles?

La question ne reçoit pas de solution absolue, parce que la mission de la société change avec les progrès de la civilisation. Quel est, dans l'etat actuel de nos idées, le rapport entre les droits de la société et les droits de l'individu? C'est demander si l'individu est le but ou si c'est la société. La croyance moderne est que c'est l'individu qui est le but et la société le moyen. Il est certain que la mission de l'homme est de se perfectionner en développant les facultés dont Dieu l'a doué. Sur ce point tout le monde est d'accord. La société doit être organisée de manière à favoriser ce développement; en ce sens, elle est un moyen. Mais il faut ajouter que c'est un moyen nécessaire qui a son fondement dans la nature humaine. L'homme est un être sociable, comme il est un être doué d'intelligence et de conscience; il ne peut remplir sa destination que dans la société. C'est donc une erreur profonde de croire que l'empire de la société doit aller en diminuant pour finir par disparaître; autant vaudrait dire que l'homme cessera d'être une créature intelligente et morale. La sociabilité doit, au contraire, aller en se développant, comme la raison et la conscience. Cela n'implique pas que les droits de la société aillent tous les jours en augmentant, de sorte que l'Etat finirait par absorber l'individu; cela signifie que l'action de la société sera tous les jours plus puissante pour aider l'homme dans l'œuvre de son perfectionnement. Que l'on songe à tout ce qu'il y a à faire dans le domaine de l'instruc-

tion et de l'éducation! C'est une œuvre sans fin. Ainsi la société et l'individu forment un tout, l'une n'est pas plus un but ou un moyen que l'autre : chacun des deux éléments est tout ensemble but et moyen.

Il en est de même des statuts. Jadis on discutait sur le point de savoir si le statut réel était la règle et le statut personnel l'exception, ou s'il fallait renverser la proposition en faisant de la personnalité la règle et de la réalité l'exception. C'était mal poser la question, pour mieux dire, il y avait lutte entre les deux principes. La réalité commença par être maîtresse absolue; elle ne voulait admettre la personnalité qu'à titre de courtoisie internationale, sans lui reconnaître un droit véritable. De son côté, la personnalité ne pouvait pas se contenter de ce rôle subordonné; elle prétendit que les lois étaient faites pour les personnes; d'où elle concluait que toute loi est personnelle, ce qui réduisait la réalité à un rôle secondaire, lequel tendrait à disparaître. Il faut appliquer aux statuts ce que je viens de dire de la souveraineté et de l'individualité. Le statut personnel n'est pas plus règle que le statut réel; il n'y a ni règle ni exception; il y a deux ordres de lois, les unes concernant les droits de la société, les autres relatives aux droits des individus : les premières sont réelles et les secondes personnelles.

207. En théorie, cela est très simple. Il n'en est pas de même dans la pratique. Comment le juge distinguera-t-il les lois qui règlent les droits de la société et celles qui règlent les droits des individus? On ne peut pas songer à faire le classement dans un code; l'énumération risquerait d'être incomplète, et par conséquent la difficulté subsisterait. Les traités pourront un jour faire ce partage, au moins pour les statuts dont la nature serait controversée. Mais nous n'en sommes pas là, et d'ici à longtemps on ne songera pas à réaliser la communauté de droit entre les nations. Il faut cependant une règle de conduite pour le juge. Dans l'état actuel des relations internationales, il n'y en a pas d'autre que le pouvoir d'interprétation des tribunaux. L'étranger invoque son statut personnel. On lui oppose que le droit de la société est engagé dans le débat;

le juge décidera si réellement la souveraineté est en cause, ou si c'est le droit de l'individu qui doit recevoir son application. Il le décidera d'après la doctrine qui est admise dans chaque pays sur les droits de l'Etat et les droits de l'individu. Il en résultera une jurisprudence contradictoire dans les divers pays ; cela est inévitable, puisque les nations vivant dans une indépendance entière, chacune est juge de ce qui intéresse l'existence de la société, sa conservation et son perfectionnement.

On dira que le statut réel ainsi interprété aboutira à généraliser la doctrine anglo-américaine de l'intérêt national, ce qui conduirait à cette étrange conséquence qu'une règle, dont le but est d'établir une ligne de démarcation entre le statut réel et le statut personnel, subordonnerait le statut personnel au statut réel et l'annulerait, puisque le juge pourrait toujours l'écarter au nom de l'intérêt national ; or, ce n'est que dans le conflit des intérêts contraires que la doctrine des statuts reçoit son application. J'ai déja rencontré l'objection, et je crois y avoir répondu d'une manière satisfaisante (n° 190).

208. En attendant qu'il y ait des lois et des traités qui déterminent les statuts réels, la science doit examiner la question jusque dans ses moindres détails. C'est ce que j'essayerai de faire dans la partie spéciale de ces Etudes. Pour le moment, il ne s'agit que du principe : pour lui donner plus de précision, je vais dire ce que l'on doit entendre par *droits de la société*.

La règle s'applique d'abord aux lois qui dépendent du droit public et du droit pénal. C'est ce que le code Napoléon (art. 3) appelle lois de *police* et de *sûreté*. Il est incontestable que les lois qui se rattachent au *droit public* sont réelles de leur essence, car elles sont la base de la société ; de là, le nom de *droit constitutionnel* pour marquer les lois qui sont constitutives de l'état social. Ces lois comprennent aussi le *droit administratif*, lequel n'est que la mise en action de la Constitution et des principes fondamentaux qu'elle établit. Que le statut personnel de l'étranger cède devant les lois publiques de l'Etat où il se trouve, cela est d'évidence. On suppose que

son statut personnel est contraire au droit public du pays où il l'invoque ; or, ce statut règle des droits privés et les droits privés sont toujours subordonnés au droit de la société ; donc le statut personnel est dominé par le droit public du territoire.

Quant au droit pénal, il est tout aussi évident que c'est un statut réel. Portalis a très bien établi ce principe en exposant les motifs de l'article 3 du code civil. Chaque État a le droit et le devoir de veiller à sa conservation ; or, comment un État pourrait-il se maintenir s'il y avait dans son sein des hommes qui pussent impunément y commettre des délits (1)? La peine est une conséquence et une réparation du trouble que le délit porte dans l'ordre social. De Maistre dit que la société humaine ne pourrait pas subsister un instant sans le bourreau ; retranchez le bourreau, qui est de trop, et l'idée sera exacte. La société ne se conçoit pas sans la justice pénale. Cette considération l'emporte sur les droits de l'individu, quelque sacrés qu'ils soient. La loi personnelle de l'étranger et sa religion lui permettent la polygamie; il ne pourra pas invoquer la liberté religieuse ni sa loi nationale pour se soustraire à la loi territoriale qui punit la polygamie comme un crime.

Sont encore réelles les lois qui concernent les bonnes mœurs. Il est inutile d'insister pour prouver que la société est intéressée à conserver les bonnes mœurs, à développer et à fortifier la moralité. C'est un intérêt d'existence et par conséquent un droit auquel personne ne peut opposer un statut quelconque. Mais si le principe est évident, il n'en est pas de même des applications qu'il reçoit. Ici, les difficultés abondent ; la religion, les préjugés nationaux jouent un rôle en matière de mœurs ; de là un conflit inévitable des lois diverses qui régissent les divers peuples. Suffit-il qu'une nation considère une institution comme contraire aux bonnes mœurs, pour qu'elle puisse repousser, comme immorales, les lois étrangères qui la consacrent? Et suffit-il que les mœurs interviennent

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 112, n° 77.

dans une loi pour qu'on la déclare réelle? Il y a, sous ce rapport, une différence essentielle entre le droit public et les bonnes mœurs. Le droit public repose sur des lois; il est impossible d'en contester le caractère social, on doit donc admettre tout ce qui y est écrit, comme étant de droit public et comme dépendant du statut réel. Mais comment peut-on savoir ce qui intéresse les bonnes mœurs? Dans le sens le plus large du mot, elles interviennent dans toutes les relations personnelles. Il faut nécessairement restreindre cette signification trop vague, sinon toutes les lois deviendraient réelles comme tenant aux bonnes mœurs. Si l'on considère comme réelles les lois qui concernent les bonnes mœurs, c'est que la moralité est la base de l'ordre social; il faut donc, pour qu'une loi soit réelle, à ce titre, que l'existence de la société, sa conservation, son perfectionnement exigent d'écarter tout statut étranger qui y serait contraire.

Il y a encore une difficulté concernant les bonnes mœurs. Elles ont un caractère d'universalité que n'ont pas les lois politiques, et néanmoins on se dispute sur l'essence même de la moralité. L'Eglise catholique prétend avoir le monopole de la morale; par contre, ceux qui sont hostiles au catholicisme prétendent que la morale doit être indépendante de la religion. A mon avis, il y a erreur de part et d'autre. Les catholiques modernes sont si infatués de leur révélation, qu'ils ne savent même plus d'où ils procèdent : qu'ils lisent les Pères de l'Eglise, et ils apprendront que, de l'aveu des saints Pères, la morale des philosophes était, à peu de chose près, la morale chrétienne. De leur côté, les indifférents et les incrédules oublient l'impuissance de la morale philosophique en face de la corruption monstrueuse de la société romaine. La morale n'a d'empire sur les âmes que lorsqu'elle est religieuse. Mais il faut se garder de confondre la religion avec le dogme et avec les préceptes positifs et plus ou moins arbitraires des diverses Eglises. Le dogme est étranger à la morale et les commandements des confessions religieuses y sont parfois contraires. La morale doit être indépendante de l'Eglise, mais elle doit dépendre des

croyances fondamentales qui se trouvent dans toutes les religions, Dieu, l'âme et le lien indissoluble qui existe entre Dieu et ses créatures. Où puisera-t-on cette morale religieuse? Dans la conscience publique : c'est Dieu qui révèle à l'homme les sentiments et les idées qui constituent sa vie morale. Le juge interrogera la conscience générale, et elle lui apprendra ce qu'il faut entendre par bonnes mœurs.

ARTICLE II. — LOIS DE DROIT PRIVÉ.

§ II. — *Ces lois sont-elles réelles ou personnelles?*

209. Les principes généraux du droit international privé que j'ai exposés jusqu'ici sont consacrés, bien que d'une manière incomplète, par le code Napoléon. Il n'en est pas de même des lois d'ordre privé. Une convention est conclue en pays étranger, soit entre Français, soit entre Français et étrangers, soit entre des étrangers : par quelle loi sera-t-elle régie? Par la loi territoriale du pays ou le contrat se passe? ou tiendra-t-on compte de la loi personnelle, c'est-à-dire nationale, des parties contractantes? ou faudra-t-il considérer la loi du lieu ou l'obligation doit être exécutée? enfin, prendra-t-on en considération la loi du lieu ou les biens sont situés? A toutes ces questions, le code civil ne donne aucune réponse.

On répond d'habitude qu'il faut suivre la loi du lieu où le contrat se fait, par application de la règle que tout ce qui est d'usage dans les pays ou l'on contracte est censé tacitement convenu par les parties. A l'appui de cette opinion, on cite l'article 1159 du code civil : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. » Il suffit de lire cette disposition pour se convaincre qu'elle est étrangère à la matière des statuts. L'article 1159 est placé parmi les règles que le code établit sur l'interprétation des conventions : la loi ne parle du lieu où le contrat se fait que pour en induire une règle qui explique et complète ce que les parties ont voulu dire, dans le cas où ce qu'elles ont dit est ambigu ou in-

complet. Du reste la loi ne dit pas un mot du statut qu'il faut appliquer à la convention ; le législateur n'y a pas même songé ; et il est impossible qu'il ait tranché une difficulté qu'il n'avait pas pour objet de résoudre.

Il y a donc lacune dans le code civil. On peut dire que, dans le silence de la loi, il faut recourir à l'ancien droit, puisque le législateur français a entendu consacrer, sur les statuts, la doctrine traditionnelle. Le principe est incontestable, mais la tradition elle-même est remplie d'incertitude; notamment la question du statut qui régit les conventions est une des plus controversées dans la difficile matière des statuts. Et si l'on consulte les auteurs modernes, l'incertitude ne fait qu'augmenter, car chacun a son système.

210 Il faut d'abord écarter le principe de la réalité du statut, quand il s'agit de conventions. On sait qu'au seizième siècle on suivait encore comme règle absolue la vieille maxime féodale que toutes les coutumes sont réelles; la souveraineté s'étendant sur les choses et les personnes, on en concluait qu'elle dominait même la volonté de l'homme, de sorte que celui qui contractait dans un pays était par cela même soumis aux lois du territoire; on ne tenait aucun compte de sa liberté ni de ses intentions. Le principe de la souveraineté, ainsi poussé à bout, en démontrait l'absurdité. Cependant telle est la puissance de la tradition sur l'esprit des jurisconsultes, que les plus grands subissent cette influence. Dumoulin commença par enseigner que les conventions sont régies par la loi du lieu où le contrat se passe : c'était l'opinion dominante de son temps. Mais les conséquences qui en résultaient étaient si absurdes, que le principe ne pouvait être vrai. Dumoulin ne partageait point l'opinion du vulgaire des praticiens qui s'en tenaient à la loi du lieu où le contrat se fait, par la raison que toute coutume est réelle. S'il admettait la loi locale comme règle du contrat, c'est parce que telle était la volonté probable des parties contractantes. Mais cette présomption était le plus souvent dénuée de tout fondement. Les parties contractent tous les jours dans un lieu où ni l'une ni l'autre n'ont leur domicile, ou

comme nous disons aujourd'hui, dans un pays auquel elles n'appartiennent pas par leur nationalité · peuvent-elles, dans ce cas, avoir l'intention de suivre des lois qu'elles ignorent? Dumoulin revint sur sa première opinion, qu'il n'avait adoptée que sous l'influence de la pratique universelle. Le rude légiste traita durement les praticiens; il dit que leur doctrine était fausse, et qu'ils appliquaient mécaniquement (*ruditer*) une règle qu'ils considéraient comme universelle, alors qu'on ne pouvait l'admettre que comme expression de la volonté des parties contractantes ; c'est cette volonté qui est la vieille règle qu'il faut suivre en matière de conventions; la seule difficulté, et elle est grande, consiste à la connaître (1).

211. Il y a encore, en cette matière, une autre erreur, qui remonte aussi à la tradition. Je la signale pour l'écarter du débat, et pour déblayer le terrain. On admet généralement que les formes des actes sont régies par la loi du lieu où l'acte se passe. L'adage *Locus regit actum* s'applique, sans doute aucun, aux formes *extrinsèques* ou instrumentaires qui ont pour objet de garantir la libre expression de la volonté des parties. Les auteurs admettent encore des formes *intrinsèques*, ou viscérales; ce sont celles qui constituent l'essence de l'acte : tel est le consentement des parties. C'est improprement que l'on donne le nom de formalité au consentement, ainsi qu'aux autres conditions requises pour l'existence ou la validité des contrats, la capacité, l'objet, la cause. En effet, ces conditions ne doivent pas être exprimées par écrit, le consentement peut même être tacite; il n'y a donc rien qui ressemble à une formalité. Le langage impropre a favorisé, et peut être fait naître une idée inexacte; on a appliqué aux *formalités* dites *intrinsèques* la maxime que l'on suit pour les formalités *extrinsèques*, en posant en principe que c'est la loi du lieu où le contrat se fait qui règle les *formes* tout ensemble et le fond. La confusion est évidente. Si l'on suit la *loi* du lieu pour les formes extrinsè-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch XXI, nos 190-192 (Œuvres, t. Ier, p. 612). Comparez l'Introduction historique de ces Études, t. Ier, p. 379, nos 271 et 272.

ques, c'est par un motif de nécessité, comme je le dirai plus loin. Qu'est-ce que cela a de commun avec le consentement, l'objet et la cause? Le consentement des parties intéressées est libre, elles peuvent traiter sur tel objet qu'elles veulent, et la cause se confond avec l'objet; tandis que les formes extrinsèques ne dépendent en rien de la volonté des parties, elles leur sont imposées, par des considérations d'utilité publique. On conçoit que les formes dépendent de la loi locale; mais qu'est-ce que la volonté a de commun avec le territoire? C'est cette confusion de deux ordres d'idées, tout à fait différents, qui, pendant des siècles, a embrouillé la doctrine. Il faut l'écarter; cela facilitera le débat et la solution de la difficulté.

212. Enfin, il règne encore une autre confusion en cette matière, c'est que l'on applique aux conventions la théorie des statuts, tandis que les conventions ne sont soumises à d'autre loi qu'à celle que les parties se font à elles-mêmes. L'article 1134 établit la règle fondamentale en cette matière : il est ainsi conçu : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. » C'est dire qu'en matière de conventions les parties intéressées sont législateurs, et jouissent par conséquent de la plus entière liberté, tant qu'elles ne font que régler leurs intérêts privés. Cela est vrai, quelle que soit la nationalité des contractants, qu'ils soient étrangers ou indigènes. Le principe est universel de sa nature, car il découle de l'essence même des conventions, et du but dans lequel la loi les sanctionne. Domat, le jurisconsulte philosophe, établit très bien que les conventions sont nécessaires aux hommes pour vivre et pour exercer le commerce ou l'industrie, ou une profession quelconque (1). Or, qui est le meilleur juge de l'intérêt qu'ils ont à contracter, des engagements qu'il leur convient de souscrire et des droits qu'il leur importe de stipuler? Les parties intéressées. Mais il a été dit que l'homme ne vit pas uniquement de pain; le corps n'est que l'instrument de l'âme; c'est la vie intellectuelle et morale qui est la véri-

(1) Domat, *Des Lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. I, p. 19 et 20

table vie. Il nous faut des moyens de développer les facultés dont Dieu nous a doués; les conventions nous les procurent; de là leur infinie variété. De là aussi la liberté qui y préside. Si le législateur établit des règles sur les contrats, ce n'est pas pour les imposer aux parties contractantes; il n'entend pas les enchaîner, il ne fait que prévoir quelle est leur volonté en leur laissant la liberté de vouloir autre chose que ce que la loi a supposé être leur intention. On peut donc appliquer à tous les contrats ce que le code civil dit du contrat de mariage : la loi ne les règle qu'à défaut de conventions spéciales que les parties peuvent faire comme elles le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 1387 et 1388).

Ainsi la liberté est de l'essence des conventions, c'est une maxime aussi vieille que les contrats. « *Convenances vainquent loi*, disaient nos anciens praticiens; la loi laisse aux hommes cette liberté dans tous les cas où il n'y a pas de justes raisons de les gêner (1). » Quel est l'objet des lois que le législateur porte sur les contrats? Il ne commande pas, il ne défend pas; il présume ce que les parties voudront, d'après la nature des diverses conventions, et il le fait pour l'utilité des contractants; s'ils veulent ce que le législateur a supposé qu'ils voulaient, ils n'ont pas besoin d'écrire dans leurs actes toutes les obligations, tous les droits qui en découlent, ils n'ont qu'à s'en référer à la loi. Que si leurs intérêts et leurs intentions ne concordent pas avec les règles que la loi a tracées, ils peuvent déroger à la loi, et faire eux-mêmes leur loi.

213. Ce principe est d'une importance capitale dans la matière des statuts. Il s'agit de savoir par quelle loi sont régies les conventions. Si les parties intéressées contractent dans le pays auquel elles appartiennent, il n'y a pas de question; elles font elles-mêmes leur loi, soit expresse, soit tacite : expresse, quand elles règlent leurs obligations et leurs droits par leurs conventions : tacites

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. 21, n° 66 (Œuvres, t. Ier, p. 590).

quand elles s'en rapportent à la loi, qui est naturellement leur loi nationale. Elles peuvent faire un contrat de vente en deux lignes; le titre du code civil sur la vente leur tiendra lieu de loi tacite. Si le contrat se fait en pays étranger, le principe est le même. Partout où les hommes contractent, ils sont législateurs, c'est leur volonté qui leur tient lieu de loi. Il suit de là que, dans la matière des contrats, la question est régie par des principes tout différents de ceux que l'on suit dans les autres faits juridiques. A vrai dire, il ne s'agit plus de statuts, mais uniquement de la volonté des parties. Quand on dit qu'un statut est personnel, cela signifie, dans la doctrine traditionnelle, que l'état et la capacité des parties sont réglés par leur loi personnelle, laquelle dépend, soit de leur domicile, soit de leur nationalité, suivant les diverses opinions; mais elle ne dépend en rien de leur volonté, en ce sens que ce ne sont pas les parties intéressées qui décident par quelle loi leur état sera régi, c'est la loi qui régit exclusivement cet ordre de choses. De même quand on dit qu'un statut est réel, cela signifie que les parties sont soumises à la loi territoriale; la raison en est que la souveraineté est en cause; il ne peut plus être question de la volonté des individus, ni de leurs intérêts, parce que les droits des particuliers sont subordonnés au droit de la société. Ainsi dans la matière des statuts, la volonté des parties n'est pour rien, c'est la loi qui domine, soit la loi personnelle, soit la loi territoriale; tandis que, dans la matière des contrats, la volonté des parties est tout; ce sont elles qui font la loi, c'est donc leur volonté qui déterminera la loi par laquelle elles seront régies (1).

Les jurisconsultes allemands ont donné un nom significatif à la doctrine qui s'en rapporte à la volonté des parties contractantes, pour déterminer la loi qui régit leurs conventions; ils l'appellent *autonomie*, pour marquer que les particuliers, en cette matière, *sont autonomes*, c'est-à-dire *souverains*, comme l'étaient jadis les cités autonomes (2). L'expression est exacte, pourvu qu'on limite la

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, chap. I, p. 320.
(2) Wachter, dans l'*Archiv fur civilistische Praxis*, t. XXV, p. 35.

souveraineté des particuliers aux intérêts et aux droits privés. Il est certain que les parties contractantes ne peuvent pas déterminer leur état et leur capacité ; cette matière est d'ordre public, et, comme telle, dans le domaine exclusif du législateur. Bien moins encore les particuliers peuvent-ils régler ce qui appartient à la puissance souveraine. Pour parler le langage traditionnel, tout ce qui appartient au statut d'état, et au statut réel, est en dehors de l'autonomie des particuliers. Je renvoie à ce que j'ai dit du statut personnel et du statut qui concerne les droits de la société.

213 *bis*. Nous aboutissons à cette règle qui est universellement admise, au témoignage de Fœlix (1) : « Les conventions faites en pays étranger sont régies par la loi à laquelle les parties ont entendu se soumettre. » La règle s'applique à tous les cas où un étranger figure au contrat. Deux Belges contractent en Allemagne; c'est à eux de fixer la loi qui doit régler leur convention. Ils sont souverains en ce qui concerne le règlement de leurs intérêts privés, en Allemagne aussi bien qu'en Belgique ; leur volonté leur tient lieu de loi ; ils peuvent choisir la loi à laquelle ils veulent soumettre leurs droits et leurs obligations, la loi belge, la loi allemande, ou toute autre loi étrangère. On voit que le statut personnel est hors de cause, si les parties manifestent leur volonté ; alors même qu'elles déclarent s'en rapporter à leur statut national, le statut personnel sera appliqué, non parce que c'est le statut personnel, mais parce que les parties autonomes l'ont choisi. On ne tient pas compte non plus de la situation des biens, meubles ou immeubles, puisqu'il ne s'agit pas d'un statut réel, mais les parties sont libres de déclarer que leur contrat sera régi par la loi de la situation ; ce ne sera pas un statut réel, ce sera une loi que les parties se seront faite, en vertu de leur autonomie. Enfin on ne considère pas la loi du lieu où l'obligation doit être exécutée. C'est l'opinion commune. Je dirai plus loin qu'il y a un cas dans lequel, suivant quelques auteurs, la loi des con-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 229 et 230.

ventions est déterminée par le lieu de l'exécution ; mais c'est seulement quand les parties n'ont pas exprimé leur volonté ; on recourt alors aux présomptions fondées sur des probabilités, or, il n'y a pas lieu de présumer la volonté des parties quand celles-ci l'ont déclarée en termes exprès.

Même solution si un Belge traite, en pays étranger, avec un indigène, ou avec un étranger. Les parties sont toutes souveraines ; c'est à elles de s'entendre sur la loi qui doit régir leurs conventions. Dans cette hypothèse, elles ont le plus grand intérêt à le faire, puisque à défaut d'une déclaration de volonté, le juge est obligé de rechercher quelle a été leur volonté tacite, ce qui est toujours très difficile et parfois impossible ; alors il n'y a qu'un parti à prendre, c'est d'établir une présomption légale, et cette présomption peut ne pas être conforme à la volonté que les parties auraient exprimée, si leur attention s'était portée sur le conflit auquel donne lieu la diversité des lois. Les lois, ou les traités, s'il y a lieu, devraient exiger que le notaire, si les parties dressent un acte authentique, leur fasse connaître l'intérêt qu'elles ont à déclarer par quelle règle elles veulent que leurs conventions soient régies. Ce qui se ferait dans les actes authentiques finirait par devenir une clause de style dans les actes sous seing privé.

214. Les auteurs prévoient des difficultés qui peuvent se présenter dans l'application de notre règle. On suppose d'abord que les parties ont traité à l'étranger en fraude de leur loi nationale. Un mineur, dit Massé, ou une femme mariée contractent en pays étranger, pour échapper aux formes prescrites par leur loi nationale ; le contrat sera nul (1). Cela est certain, mais il est inutile d'invoquer la fraude pour le décider ainsi, puisqu'il s'agit d'un statut personnel, lequel suit la personne à l'étranger sans qu'elle puisse s'y soustraire par sa volonté. Ce n'est donc pas un cas d'*autonomie*. Mais quand les parties sont souveraines, autonomes, on ne peut plus leur reprocher

(1) Massé, *Le droit commercial*, t. I, n° 575, p. 475 de la 2e édition.

d'avoir voulu frauder leur loi personnelle, puisque cette loi ne les lie point; elles auraient pu y déroger dans leur patrie, elles peuvent aussi le faire à l'étranger. Plus loin je reviendrai sur la question de la fraude, et je dirai dans quels cas il y a lieu, en matière de droit civil international, d'appliquer le principe que les actes faits en fraude de la loi sont nuls.

Il y a une autre difficulté : applique-t-on aux effets du contrat le principe qui régit le contrat même? Les auteurs distinguent les effets immédiats du contrat, et les effets accidentels; les premiers sont soumis à la règle générale, les autres sont régis par la loi du lieu où le fait s'est passé. On applique le même principe à la nullité et à la résolution des contrats. Je crois que la distinction est peu juridique. Le principe de l'autonomie suppose des conventions, c'est à dire un concours de consentement; il ne peut donc pas recevoir d'application à des faits postérieurs au contrat, si ces faits n'impliquent pas un concours de consentement. Ce sera la nature du fait, cas fortuit, quasi-contrat, délit ou quasi-délit, qui déterminera la loi que le juge doit appliquer. Je reviendrai sur la difficulté, dans la partie spéciale de ces Études, elle est étrangère à l'autonomie.

215. Il est rare qu'il y ait une déclaration expresse de volonté; cette mesure de prudence n'est pas encore entrée dans les mœurs. De là les grandes difficultés de la matière. Les auteurs les décident, en général, par des présomptions, fondées sur l'intention probable des parties contractantes. Avant de recourir à des probabilités, il faut voir si les parties ont manifesté leur volonté tacitement; le juge doit rechercher leur intention dans les faits et les circonstances de la cause. Cette seconde règle est un corollaire de la première; pour mieux dire c'est la même règle. En effet, l'autonomie repose sur la volonté des contractants; or, la volonté peut être expresse ou tacite. Tel est le droit commun. Comment peut-on connaître la volonté tacite? Par ce qui s'est passé entre les parties, ce qu'on appelle les faits et les circonstances de la cause. Au lieu d'exprimer leur intention par des paroles, les parties

la manifestent par des faits; il faut donc que les faits prouvent que la volonté des parties est que leur convention soit régie par cette loi.

Celui qui invoque la volonté tacite doit prouver que l'intention des parties résulte aussi clairement des faits par elles posés que si elles avaient déclaré leur volonté par paroles. C'est dire qu'il arrivera bien rarement qu'il y ait une volonté tacite. Le plus souvent les parties ne songent pas au conflit de lois qui pourra se présenter en cas de contestation sur la loi qui doit régir leurs conventions. Si elles y avaient pensé, elles auraient prévenu la difficulté en déclarant leur volonté d'une manière expresse. Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait jamais volonté tacite en cette matière. Le cas s'est présenté dans une affaire qui a été portée devant la cour de cassation de Belgique.

Un Belge acheta un cheval à Lille; le vendeur était aussi Belge. Le contrat était-il régi par la loi française ou par la loi belge? La loi française limite à neuf jours le délai pour intenter l'action, dans l'espèce. Ce délai était écoulé lors de l'introduction de la demande; le premier juge admit néanmoins l'action, en se fondant sur les usages qui sont en vigueur en Belgique. Pourvoi en cassation. La cour décida que les Belges contractant à l'étranger peuvent se soumettre, soit expressément, soit tacitement à la loi belge, de préférence à la loi française, pour déterminer les effets de leurs conventions, et que le premier juge avait jugé, en fait, que l'intention *présumée* des parties avait été de se soumettre à la loi belge de 1850, pour le délai de l'action rédhibitoire : ce qui rendait sa décision souveraine (1). En droit, cela est évident. Mais y avait-il, dans l'espèce, volonté *tacite*, établie par des *faits?* Cela est plus que douteux ; le tribunal de commerce ne cite pas d'autre fait que la livraison du cheval qui devait se faire à Tournai; de là il conclut que le vendeur se soumettait *évidemment* à la loi belge. C'est une *présomption* plutôt qu'une *volonté tacite*.

Toujours est-il que le principe de la volonté tacite est

(1) Rejet, 11 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 1, 99)

incontestable. C'est celui de Dumoulin; je renvoie à ce que j'en ai dit dans la partie historique de ces Etudes. Quant aux difficultés qui se présentent dans l'application, elles doivent être abandonnées à la doctrine et à la jurisprudence, puisque la question est de fait, tout dépendant de l'intention des parties contractantes.

216. D'ordinaire il n'y a aucune manifestation de volonté, ni expresse, ni tacite. Quelle loi faut-il appliquer dans ce cas? C'est toujours une question de volonté; en matière de conventions, il ne peut s'agir d'un statut proprement dit parce que le législateur n'impose aucune règle aux parties contractantes, tout dépend de ce qu'elles veulent. Quand elles n'ont pas dit ce qu'elles veulent, il ne reste qu'à recourir à des présomptions pour établir par voie de probabilité quelle est leur intention. Dans l'ancien droit, les légistes aimaient à décider par voie de présomptions, et ils le pouvaient, parce qu'ils n'étaient pas liés par le texte d'un code. Dans le droit moderne, les jurisconsultes ont encore cette faculté, là où le droit est coutumier, en Allemagne, en Angleterre, aux Etats-Unis; tandis qu'en France et en Belgique, les interprètes sont enchaînés par un texte restrictif en ce qui concerne les présomptions. D'abord il faut écarter celles qui ne sont point établies par la loi, et que le code abandonne aux lumières et à la prudence du magistrat (art. 1353). Les présomptions dites de l'homme ne sont admises que dans les cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale; or, la preuve par témoins n'est reçue que dans les contestations dont la valeur pécuniaire n'excède pas cent cinquante francs, ce qui rend l'application des présomptions très rare, en matière de statuts. Restent les présomptions légales : ce sont celles qu'une *loi spéciale* attache à *certains actes*, ou à certains faits (art. 1350). Il n'y a donc pas de présomption légale sans loi. Or, dans la matière des statuts, il n'y a pas de lois. Que fera le juge français ou belge? Malgré le silence de la loi, il doit décider la contestation qui lui est soumise. Il sera obligé de recourir aux règles qui étaient admises par la tradition. Mais quelle est cette tradition?

Il y a une règle traditionnelle concernant la loi qui régit les conventions. « Nos auteurs, dit Boullenois (1), se déterminent assez unanimement pour la loi du lieu où se passe le contrat; ils en font même une règle générale. » Quels sont les fondements de cette règle? « Le principe de nos auteurs pour le décider ainsi, est que le juge du lieu où le contrat a été passé est le juge du contrat; or, disent-ils, c'est la même chose d'être soumis à la juridiction d'un lieu et d'être lié et astreint aux lois de ce lieu. » Boullenois n'admet pas cette raison de décider. « Parmi nous, dit il, les juridictions sont de droit public, et les actes n'attribuent, de droit commun, aucune juridiction; par conséquent, il n'est pas possible de présumer que les parties aient voulu s'astreindre aux lois d'un lieu dont elles ne sont pas justiciables. » Une autre raison, continue Boullenois, employée par ceux qui se déterminent pour la loi du lieu du contrat, est que les parties sont présumées se soumettre à la loi du lieu où elles contractent; mais il ajoute, avec Dumoulin, que ce principe pris généralement et crûment n'est pas vrai. « Les circonstances différentes font seules la décision de cette question, n'étant pas possible de dire d'un homme qui contracte par hasard et fortuitement dans un lieu, et qui peut-être n'a pas intention d'y revenir jamais, qu'il ait néanmoins voulu se soumettre à une loi qui lui est étrangère et dont il n'a souvent pas eu le temps d'être bien informé. C'est pourquoi à ce principe général de nos auteurs, qu'il faut suivre la loi du lieu où les contrats ont été passés, Hertius admet jusqu'à six exceptions. » Voici, dit le légiste français, ce qui m'a paru de plus raisonnable en cette matière.

Première règle. Il faut suivre la loi du lieu où le contrat a été passé, pour tout ce qui concerne les solennités de l'acte. Sur ce point, il n'y a aucun doute : j'y reviendrai en traitant de l'adage *Locus regit actum*. Ce n'est pas, à proprement parler, une question de statut, car on ne suit ni la loi personnelle des parties, ni la loi de la

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 456-518.

situation des biens. Cependant l'adage a été appliqué généralement par les auteurs, aux formes qu'ils appellent *intrinsèques*. C'est une nouvelle confusion et la grande cause de l'obscurité et de l'incertitude qui règnent en cette matière.

Seconde règle. Il faut communément suivre la loi du lieu du contrat dans tout ce qui peut former le lien de la convention; toutefois cela dépend beaucoup des circonstances. Qu'est-ce qu'une règle qui dépend des *circonstances de la cause?* Dans l'ancien droit, cela était très logique; on entendait, par *circonstances de la cause*, les présomptions de l'homme, et on permettait au juge de décider par présomptions. Dans l'espèce, le juge consultait les circonstances, pour rechercher la volonté probable des parties, non pas leur volonté réelle, puisqu'elles n'avaient pas manifesté leur intention, mais la volonté qu'elles auraient exprimée, si elles avaient prévu la difficulté; or, la volonté varie d'après les circonstances; voilà pourquoi Boullenois dit qu'il n'y a point de règle absolue, qu'il faut toujours considérer les circonstances. C'est le principe de Dumoulin, et Boullenois approuve l'application que le grand jurisconsulte en fait. Je renvoie à l'Introduction historique de cette Etude (1).

Boullenois établit encore sept règles, que je passe, pour m'arrêter à la dixième. C'est toujours le même principe : on établit la volonté des parties sur des présomptions, et ces présomptions dépendent des circonstances de la cause. Quand il s'agit de l'interprétation des clauses d'un contrat, faut-il s'en rapporter à la loi du lieu où il a été passé? Boullenois répond que ce sont ordinairement les circonstances qui en décident. Deux célèbres consultants, Berroyer et de Laurière s'étaient prononcés pour la loi du contrat. Boullenois critique leur décision comme étant trop générale. La seule règle, dit-il, que l'on puisse prescrire, est celle de se déterminer d'après les différentes circonstances; ce qui conduit à se prononcer tantôt pour la loi du contrat, tantôt pour celle de la situation, quel-

(1) Voyez le t. 1er, p. 379, nos 273 et 274

quefois pour celle du domicile, et quelquefois encore pour celle ou le payement doit se faire; la loi est celle de la volonté tacite et probable des parties. Dumoulin entend par volonte *tacite* celle qui est *vraisemblable* d'après les circonstances de la cause. Dans notre droit français, on ne pourrait plus formuler le principe en ces termes. Autre chose est la volonté *tacite*, autre chose est la volonté *vraisemblable*. La volonté *tacite* est celle que les parties ont exprimée par les faits qu'elles ont posés. La volonté *vraisemblable* n'est pas celle des parties, c'est celle que la loi ou le juge leur supposent d'après les circonstances, c'est-à-dire une volonté *présumée*. Peut-on présumer que la volonté des parties soit de soumettre l'interprétation de leurs conventions à la loi du lieu ou elles contractent? Boullenois répond que cette circonstance peut servir à déterminer l'intention des parties, mais qu'elle cède devant d'autres circonstances qui sont supérieures.

Voici une espèce, dit-il, ou il faut suivre la loi du débiteur. Il contracte par hasard dans un lieu et il s'oblige à payer des intérêts; son intention ne saurait être de promettre des intérêts d'après une loi qu'il ne connaît point; il ne peut avoir en vue que la loi qu'il connait, partant celle de son domicile, ou, dans la théorie moderne, son statut national. Le créancier pouvait faire la loi, mais ne l'ayant pas faite, il faut se prononcer pour le débiteur. Je donne la décision, sans l'approuver ni la désapprouver; le juge n'est pas lié par des probabilités que les interpretes établissent *à priori*, et qui sont souvent en défaut dans un cas donné.

Il y a une espece ou Dumoulin se prononce pour la loi de la situation. Un homme est en voyage, il trouve à vendre avantageusement un domaine de cent arpents. Quelle loi faut-il suivre pour le mesurage? Celle de la volonté probable et tacite des contractants; dans le doute, le mesurage se fera d'après la loi du lieu où les biens sont situés, car le mesurage tient aux fonds, il est *réel*. Cette derniere décision n'est pas en harmonie avec le principe; si le mesurage est *réel*, il faut toujours

appliquer le statut territorial. Mais peut-on dire que le mesurage est *réel*, alors qu'il dépend de la volonté ? Cela est contradictoire dans les termes. Voilà l'inconvénient des décisions *à priori* dans une matière qui est toute de fait, puisque c'est l'intention des parties qui y domine.

Boullenois cite une troisième espèce dans laquelle la loi est déterminée par le lieu où le payement se doit faire, et une quatrième dans laquelle il se décide pour la loi du lieu où le contrat se passe. Il est inutile de les rapporter et inutile de les critiquer, tout dépendant des circonstances de la cause, que les interprètes ne peuvent jamais prévoir, telles qu'elles se présentent dans la réalité. Dans le système des présomptions, tel que Dumoulin et Boullenois l'entendent, il faut se borner à dire que le juge décide, à défaut de volonté expresse ou tacite, d'après les probabilités de chaque cause; ce qui revient à dire que le juge fixe la loi que les parties auraient choisie si elles avaient prévu la difficulté qui les divise. C'est un système très chanceux, puisque tout dépend de l'appréciation arbitraire du magistrat.

217. Boullenois résume en ces termes l'opinion de Dumoulin sur la loi du lieu où le contrat s'est passé : « Dans les choses qui sont toutes de volonté, et où la volonté peut pencher pour un parti ou pour un autre, le lieu du contrat est une des présomptions que le juge doit prendre en considération. » Telle n'était pas l'opinion générale. Il fallait aux praticiens une règle plus simple et qui tranchât toutes les difficultés, ils la trouvèrent dans la loi du lieu où les parties contractent. C'est l'opinion de Bourgoingne : « Si les parties ne se sont pas clairement expliquées, il faut suivre les lois et usages du lieu où le contrat a été passé; ce que les contractants ont omis est suppléé par la loi qui est le régulateur de l'Etat, et dont la voix est entendue par les nationaux comme par les étrangers qui se trouvent dans le pays et qui ne peuvent s'excuser de leur ignorance; celui qui ne s'exprime pas clairement dans le contrat est censé s'en rapporter à la loi (1). » Merlin

(1) Burgundus, *Tractatus ad consuetudines Flandriæ*, IV, n° 8.

s'exprime dans le même sens : « Tout homme qui contracte dans un pays, n'importe qu'il y soit citoyen ou étranger, est censé attacher aux clauses du traité qu'il y fait le sens et les conséquences qu'y attachent les lois de ce pays (1). Merlin invoque la loi romaine qui se trouve placée parmi les *règles de droit*, et que les auteurs du code civil ont reproduite dans l'article 1159 : « Dans les contrats, il faut toujours s'attacher à ce que les parties ont voulu ; mais si leur commune intention n'est pas manifestée clairement par ce qu'elles ont exprimé, on doit suppléer à leur silence par l'usage du pays où elles ont traité. » Inutilement, dit-il, prétendrait-on que cette règle ne doit avoir lieu que dans le cas où les contractants sont sujets du pays où ils contractent. Merlin répond : « Quelle serait, dans ce système, la loi qui devrait interpréter un contrat passé en France entre deux étrangers dont l'un serait Espagnol et l'autre Allemand ? Il n'y aurait certainement pas plus de raison pour l'interpréter par la loi espagnole que par la loi allemande. Force serait donc de l'interpréter par la loi française. Or, pourquoi, dans cette hypothèse, la loi française devrait-elle être prise pour règle d'interprétation ? Ce serait uniquement parce qu'il est de principe que les contractants sont censés, en traitant dans un pays, se soumettre aux lois qui y régissent les contrats. *Ce principe est donc applicable à tous les cas* (2). »

Le principe séduit par sa simplicité ; la jurisprudence l'a consacré. Il a été jugé qu'il faut apprécier d'après les lois françaises un contrat de société passé en France, bien que ce contrat ait reçu son exécution en pays étranger (3). Il a été jugé encore que c'est la loi du pays où se forme le contrat de prêt, et non celle du pays où le prêteur est domicilié, qui détermine le taux de l'intérêt (4). Un arrêt plus récent de la cour de cassation de France décide d'une manière absolue que les contrats sont régis

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Étranger*, § 2.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° II (T. XVIII, p. 431, de l'édition de Bruxelles).
(3) Rejet, 13 fructidor an IX.
(4) Turin, 28 floréal an XIII.

par la loi du lieu où ils sont passés, en ce qui concerne la forme, les conditions fondamentales et le mode de preuve (1).

§ II. — *Droit étranger.*

N° 1. DROIT ANGLO-AMÉRICAIN.

218. Story pose en principe que la validité des contrats, le lien qui en résulte, ainsi que tout ce qui est relatif à son interprétation, dépendent de la loi du lieu où il a été fait. Quel est le fondement de ce principe ? Story et Kent disent que c'est une nécessité des relations internationales. Il serait impossible aux nations d'entretenir un commerce étendu, par achats et ventes, par négociation de valeurs, billets, lettres de change, si elles n'admettaient une règle certaine, en ce qui concerne la validité des actes faits dans chaque pays; celles qui voudraient s'en tenir strictement à leurs propres lois verraient bientôt leurs rapports arrêtés, et seraient réduites à la misérable condition des tribus sauvages de Sumatra (2). Ces considérations sont celles que l'on fait valoir pour justifier la maxime traditionnelle *Locus regit actum*. En effet, Story applique son principe aux formes et aux solennités de l'acte; et Kent dit que la sécurité des relations entre étrangers dépend de cette règle : il faut que l'acte valable là où il a été passé soit valable partout (3). Cela est très vrai quand il s'agit de la forme des actes. Mais les obligations ne dépendent-elles pas avant tout de la volonté des parties contractantes ? N'est-ce pas un principe universellement reconnu que les conventions tiennent lieu de loi aux parties ? De là une différence capitale entre les contrats et les écrits qui les constatent. Dans les contrats règne l'autonomie des parties intéressées; les statuts ou les lois locales sont hors de cause, par la raison que le

(1) Cassation 24 février 1864 (Dalloz, 1864, 1, 62). Dans le même sens Bruxelles, 10 juin 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 159

(2) Story, *Conflict of laws*, § 242 (1) p. 278 de la 4ᵉ édition. Kent, *Commentaries*, t. II, Part. V, Lecture, 39, p. 613 de la 12ᵉ édition.

(3) Story, *Conflict of laws*, § 260, p. 296

législateur n'entend rien prescrire, ni commander, ni prohiber ; les vrais législateurs sont les contractants. Il en est autrement des formes extrinsèques de l'acte que les parties dressent de leurs conventions ; ici, rien ne dépend de leur volonté, elles doivent se conformer aux lois du lieu où l'écrit est rédigé ; pour ces solennités, il est très vrai de dire qu'il y a nécessité de suivre les lois locales, et qu'il n'y aurait plus de commerce possible si l'acte valable d'après ces lois n'était pas reconnu partout. Mais les relations internationales seraient-elles aussi troublées si les parties convenaient que leurs droits et obligations seraient réglés par leur loi nationale ou par la loi personnelle de l'une d'elles? Tout ce que la sécurité du commerce exige, c'est qu'il y ait une loi certaine qui régisse les conventions, mais non que ce soit telle loi plutôt que telle autre. La liberté n'est-elle pas aussi un élément essentiel des relations civiles? Les conventions varient à l'infini, comme les besoins de la vie auxquels elles sont destinées à pourvoir ; loin d'enchaîner la liberté des contractants par la loi d'un lieu déterminé, il importe de leur laisser une latitude entière. Les commerçants sont citoyens du monde : qu'on leur permette de contracter sous telle loi qu'il leur plaît de choisir.

219. Je doute que ce soit l'intérêt du commerce qui ait fait introduire la règle que les Anglo-Américains établissent comme fondement des relations internationales. Story rapporte les paroles de Grotius que j'ai déjà citées : « Si un étranger contracte avec un indigène, il sera obligé par la loi du pays où la convention se fait : parce que celui qui contracte dans un pays devient *sujet temporaire* de ce pays, et comme tel, il est tenu d'obéir à ses lois. » Les auteurs qui ont écrit sur le commerce reproduisent cette théorie comme un axiome. Story cite les paroles d'Émérigon : « L'étranger qui contracte dans les terres d'un État est tenu, comme *sujet à temps* de cet État, de se soumettre aux lois du pays. » Voilà un tout autre ordre d'idées; il ne s'agit plus de l'intérêt du commerce; on invoque la souveraineté nationale, dont l'empire s'étend sur les personnes et les choses qui se trouvent

sur le territoire. C'est une idée féodale, et la féodalité n'est certes pas le règne du commerce. Et que devient, dans ce système, la liberté, qui est l'essence des contrats ? Les contractants ne sont plus des législateurs ; l'étranger, qu'il le veuille ou non, est lié par la loi du pays, où les nécessités du commerce l'amènent : ne pourrait-il pas dire qu'il ignore la loi qui va régir ses conventions, et qu'il est absurde que, comme partie contractante, il soit censé vouloir ce qu'il ignore ? Story répond en rapportant la décision de lord Stowell dans un de ses jugements les plus célèbres. L'étranger faisait valoir son ignorance de la loi qu'on prétendait lui imposer ; le lord juge rejeta cette exception. Rien de plus logique dans le système de la souveraineté territoriale ; l'étranger devenant sujet temporaire est censé connaître les lois du pays, aussi bien que les indigènes (1). Vainement se récrierait-il contre une pareille présomption ; la puissance souveraine n'écoute pas de raison quand il s'agit de l'obéissance à ses lois. Story dit qu'il ne s'agit point de savoir ce que les parties veulent, car ce n'est pas leur volonté qui fait la loi, c'est la puissance souveraine qui commande aux personnes, aux choses et aux transactions civiles, dans les limites du territoire (2). Ici reparaît la confusion qui règne dans toute cette matière. Ce que Story dit est très vrai quand il s'agit de la forme des actes ; la maxime *Locus regit actum* n'est pas fondée sur la volonté et le consentement des parties intéressées ; le législateur ne leur demande pas ce qu'elles veulent, il établit les formes extrinsèques, en vue de l'état intellectuel, moral et politique du pays, toutes considérations d'intérêt général, qui dominent la volonté des particuliers. Il en est tout autrement des conventions ; le législateur qui établit des règles sur la nature, les conditions et les effets des contrats, les fonde sur l'intention présumée des parties contractantes, en leur permettant de vouloir le contraire de ce qu'il a présumé

(1) Grotius, *De jure belli et pacis*, II, 11, 5, n° 2. Emérigon, *Des Assurances*, chap. II, § 8 (t. I, p. 124 et 125). Story, *Conflict of laws*, p. 319, § 374.

(2) Story, *Conflict of laws*, § 261, p. 299, de la 4e édition.

être leur volonté. Pourquoi l'étranger n'aurait-il pas cette liberté aussi bien que l'indigène ? Cependant, les Anglo-Américains ne lui reconnaissent aucune liberté; ils ne respectent pas même son statut personnel; l'étranger est incapable d'après sa loi nationale, et il croit que cette incapacité le suit partout; il se trompe : contractant dans un autre pays, il doit commencer par s'enquérir des lois de ce pays. Cela est contradictoire, absurde, car c'est précisément à raison de son incapacité qu'il ne songe pas même à se demander quelle est la loi du pays ou il se trouve. Il a tort, il devait s'en informer, dit lord Stowell; s'il s'est engagé imprudemment, à la légère, c'est lui qui doit supporter les conséquences de sa légèreté; l'autre partie qui a contracté en pleine connaissance de cause ne doit pas en souffrir (1). Ne pourrait-on pas répondre que c'est à la partie capable de s'enquérir si l'étranger avec lequel elle traite a la capacité acquise pour contracter ? N'est-ce pas le renversement de toute justice de demander la prudence à celui qui est imprudent à raison de son incapacité, et de ne rien demander à celui qui, étant capable, pourrait et devrait être prudent ?

220. Story admet des exceptions à la règle de la loi du lieu où le contrat se passe. Il y en a une sur laquelle tout le monde est d'accord. L'acte valable d'après la loi locale est valable partout; mais il cesse de l'être s'il est en opposition avec les droits de l'Etat où on l'invoque; c'est en ces termes que j'ai formulé l'exception qui, à vrai dire, est une règle fondamentale du droit international privé. Story emploie une formule beaucoup plus générale : Aucune nation n'est tenue de reconnaître les contrats qui lèsent « *ses intérêts* ou les *intérêts* de ses *sujets* (2). » J'ai si souvent combattu la doctrine de l'intérêt comme base de notre science, qu'il est inutile de renouveler la protestation du *droit* contre un prétendu principe qui détruit le droit. Story lui-même, sans s'en douter, fournit une objection contre la fausse doctrine qui règne chez les Anglo-

(1) Story, *Conflict of laws*, § 76, p. 78.
(2) Story, *Conflict of laws*, § 244, p. 281, de la 4e édition.

Américains. Il cite la loi romaine, qui déclare nuls les pactes contraires aux bonnes mœurs ; il aurait dû citer la belle maxime de Papinien, que l'homme est présumé ne pouvoir faire ce que la moralité réprouve. Est-ce aussi là la théorie de l'intérêt ? Story rapporte l'étrange jurisprudence qui règne en Angleterre et aux Etats-Unis en ce qui concerne les actes faits en fraude des lois de douane ces actes immoraux sont validés parce que tel est l'intérêt de la nation et des particuliers : ainsi l'intérêt légitime la fraude ! Pourquoi pas, si la fraude profite à la nation qui la pratique ? Qu'importe qu'elle nuise à une autre nation ? Cette perte n'est-elle pas un profit pour les nations rivales ? Voilà les honteuses conséquences auxquelles aboutit l'intérêt quand il prend la place du droit. Story n'approuve pas cette jurisprudence, bien qu'il énonce sa désapprobation avec une grande réserve (1). S'il repousse les conséquences, pourquoi maintient-il le principe ?

Story admet une seconde exception à la règle. La règle suppose que le contrat est exécuté dans le pays où il a reçu sa perfection. S'il doit être exécuté ailleurs, il faut présumer que, dans l'intention des parties contractantes, la validité, la nature, le lien et l'interprétation seront régis par la loi du lieu où l'exécution se fera (2). Telle est aussi l'opinion de Kent (3). Fœlix critique cette exception qui est formulée en termes trop généraux, il dit qu'il faut la limiter à ce qui concerne l'accomplissement des obligations (4). Je reviendrai sur la question en exposant le système de Savigny.

221. La règle reçoit une restriction bien plus importante. Story commence par dire que les principes, en cette matière, ont acquis un haut degré de certitude (5). Il entend sans doute parler de la *common law*, car il constate lui-même qu'il y a un désaccord complet entre le droit anglo-américain et le droit du continent, en ce qui con-

(1) Story, *Conflict of laws*, § 245, p. 283.
(2) Story, *Conflict of laws*, § 280, p. 325, de la 4e édition.
(3) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, lecture 39, p. 621 de la 12e édition.
(4) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 235, n° 98, de la 4e édition.
(5) Story, *Conflict of laws*, p. 269, § 231.

cerne la capacité : l'un règle la capacité par la loi locale, l'autre par la loi personnelle. Même en faisant abstraction du statut qui regit l'état, la jurisprudence de l'Angleterre et des États-Unis n'est pas aussi absolue que Story semble le dire. L'exception que je viens de mentionner est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes. S'il suffit que leur intention soit de s'en rapporter à la loi du lieu où le contrat sera exécuté, pour que la loi du lieu où le contrat se fait cesse d'être obligatoire, il faut logiquement appliquer le même principe à tous les cas où la volonté des parties est que leurs conventions soient réglées par une autre loi que celle du lieu du contrat : telle serait la loi nationale des deux parties ou de l'une d'elles. Cette restriction se trouve effectivement dans la jurisprudence. Lord Mansfield a établi ce principe dans un jugement et en termes énergiques : « La loi locale ne peut jamais être la loi du contrat, quand les parties s'en sont rapportées expressément à une autre loi à laquelle elles veulent se soumettre. » Story ajoute que la règle a toujours été appliquée en ce sens ; il cite un grand nombre de décisions qui l'ont jugé ainsi. Le *Chief-Justice* Parker s'exprime dans le même sens (2). Story a donc tort de formuler sa règle dans des termes absolus ; dès que la volonté des parties joue un rôle, elle a nécessairement le rôle principal ; car qu'est-ce que les conventions, sinon un concours de volontés ? Voilà pourquoi le code Napoléon dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (article 1134). Faut-il une déclaration expresse de l'intention des parties ? Les jugements que je viens de mentionner semblent l'exiger. Cette restriction n'aurait point de raison d'être ; en effet, c'est encore un principe général que la manifestation de la volonté peut être expresse ou tacite. On aboutit donc, dans la doctrine anglo-américaine, à la règle telle que je je l'ai établie en me fondant sur le principe de l'article 434, lequel est universellement admis : c'est la volonté expresse

(1) Story, *Conflict of laws*, § 281, p. 326.
(2) Story, *Conflict of laws*, § 278, p. 323.

ou tacite des parties qui détermine la loi par laquelle leurs conventions sont régies.

Reste à savoir quelle sera la loi, s'il n'y a aucune manifestation de volonté, ni expresse, ni tacite? Là est la vraie difficulté. Les Anglo-Américains répondent : Le contrat sera régi par la loi du lieu où il a été fait ; ils repoussent les distinctions que les jurisconsultes du continent font entre les diverses hypothèses, selon que les parties contractantes ont la même nationalité ou une nationalité différente. Story traite ces distinctions de subtilités. Sans doute, la règle absolue de la *common law* est plus simple, et d'une application plus facile ; mais, en droit, ce qui est simple n'est pas toujours juste. Dans l'espèce, il s'agit de savoir quelle loi régira les contrats, alors que les parties n'ont exprimé aucune volonté. Dans ce cas, le législateur doit procéder par voie de présomptions fondées sur des probabilités. Or, les probabilités, et par suite les présomptions, diffèrent selon la diversité des hypothèses; partant, il est de toute nécessité de distinguer. S'en tenir à une règle absolue, c'est contrarier la volonté probable des parties, et présumer une volonté absolue là où la volonté est certainement variable, est un procédé contradictoire dans les termes. Je vais dire comment la difficulté a été résolue par les jurisconsultes allemands.

N° 2 — LE DROIT ALLEMAND

222. Les jurisconsultes allemands admettent tous le principe de l'autonomie, sauf des dissentiments dans l'application, qui sont dus en partie à la confusion que l'on retrouve partout, en cette matière, entre la loi qui régit les *formes* et la loi qui régit les *contrats*; ainsi on rapporte à l'autonomie les formes extrinsèques ; c'est confondre d'abord les conditions requises pour la validité de l'*écrit* qui constate les conventions, avec les conditions requises pour la validité de la *convention*; c'est confondre encore la loi qui *commande* les formes par des considérations d'intérêt général, avec la loi qui *dispose* seule-

ment, en se fondant sur la *volonté présumée* des *parties contractantes*. Il ne peut être question d'autonomie que pour les lois *dispositives*, disons mieux, pour les actes qui dépendent uniquement de la *volonté* des particuliers. Ont-ils manifesté cette volonté, tout est dit. Ne l'ont-ils pas manifestée, ni par des paroles ni par des actes, il y a doute; il faut que l'on recherche la volonté probable des parties; c'est cette volonté présumée qui déterminera la loi par laquelle le contrat sera régi.

Jusqu'ici il n'y a aucun doute. Mais quand il s'agit d'établir les présomptions, les difficultés abondent. Il y en a une que les jurisconsultes allemands ne discutent même pas. Il n'existe pas de loi qui détermine les faits ou les actes auxquels on attache une présomption en cette matière; et c'est cependant là la première condition requise, pour que, d'après notre droit français, il y ait une présomption légale (article 1350). Cette difficulté n'arrête pas les légistes allemands; elle se serait présentée si les lois romaines contenaient des règles sur les statuts; mais les interprètes les plus autorisés, Wachter, Savigny, Bar sont d'accord que les lois invoquées par les glossateurs, et à leur suite par les anciens légistes, sont étrangères au droit international privé. Dès lors, la matière rentre dans le droit commun, c'est-à-dire qu'elle est réglée par les coutumes, et c'est la science, en y comprenant les décisions des tribunaux, qui joue le grand rôle dans le droit coutumier. Les jurisconsultes allemands sont donc sur un terrain où ils peuvent se mouvoir en toute liberté. Bien entendu que les principes qu'ils établissent ne concernent que l'Allemagne; pour qu'ils formassent un droit général, il faudrait qu'ils fussent admis partout, et nous sommes encore loin d'un droit universellement reconnu. Je ne parle pas du dissentiment profond des Anglo-Américains; les Allemands eux-mêmes ne s'entendent pas, de sorte que l'on ne peut pas dire qu'il y ait un droit commun en Allemagne sur les difficiles questions que j'examine pour le moment. Wachter énumère dix systèmes différents, et il ne parle que des auteurs modernes, sans mentionner les anciens ni les nouveaux jurisconsultes de

France, des Pays-Bas et d'Italie. Et l'on se trompe en croyant que les écrivains qui partagent la même opinion s'accordent sur tous les points, chacun a ses nuances et ses distinctions. Que dis-je? Wachter affirme qu'il y en a qui ne sont pas d'accord avec eux-mêmes (1). Faut-il s'étonner si, en désespoir de cause, et pour se tirer d'embarras, Merlin, suivant en cela l'avis de Grotius, a recours au droit naturel? Savigny remarque qu'ils auraient bien fait de dire quel est le manuel de droit naturel qu'ils entendent adopter à titre de loi (2). C'est, comme on dit vulgairement, une pierre que le chef de l'école historique jette dans le jardin des philosophes; mais les philosophes pourraient user de représailles et demander si les interprètes du droit romain et du droit commun s'entendent mieux entre eux. Je crois que je rendrais un mauvais service à notre science en exposant et en discutant toutes les opinions, avec leurs inconséquences et leurs contradictions; il faudrait un volume pour cela, et je ne sais si je trouverais un lecteur. Toutefois, il y a des noms qui s'imposent : on ne peut pas parler du droit civil international, tel que les Allemands le comprennent, sans parler de Wachter, de Savigny et de Bar. Nous allons les écouter.

223. Wächter commence par exposer, en le critiquant, un système (3) qui nous met sur la voie des distinctions que Story répudie comme des subtilités. Le point de départ de l'écrivain allemand est excellent. Il s'agit de savoir quelle est la volonté probable de celui qui contracte en pays étranger; pour qu'il ait une volonté relative à la loi qui doit régir son contrat, il faut qu'il connaisse la loi qu'il est présumé adopter comme sienne. Or, régulièrement il ne connait que sa loi nationale; il est même légalement présumé la connaître, tandis qu'aucune loi ne présume que l'étranger connait la loi du pays où il contracte. Voilà une première probabilité qui es

(1) Wächter, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 397 et suiv.)
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t VIII, p. 257 et suiv.
(3) Kritz, *Sammlung von Rechtsfällen*, t. II, p. 84-132.

certes mieux fondée que la présomption admise par les Anglo-Américains, à savoir que l'étranger doit connaître la loi du pays où il traite. Mais s'il faut connaître une loi pour avoir la volonté de s'y soumettre, on ne peut pas en induire que l'on se soumet à une loi par cela seul qu'on la connaît. Toujours est-il qu'en cas de conflit entre la loi étrangère et la loi nationale du contractant, la présomption est pour la loi nationale; pour que l'on se décide en faveur de la loi étrangère, il faut qu'il y ait une probabilité d'où l'on puisse induire que le contractant a consenti tacitement à être régi par la loi locale; cette probabilité existe dans le cas où il est vraisemblable que la contestation sera portée devant le tribunal du lieu où le contrat a été fait.

Wächter critique ce système et, je crois, avec raison. La compétence n'a rien de commun avec le statut; pour mieux dire, il ne s'agit pas de statut, il s'agit uniquement de déterminer l'intention probable des parties contractantes, puisque tout dépend de leur volonté; or, de ce que la contestation sera jugée par le tribunal du pays où le contrat a été formé, on ne peut pas conclure que la volonté des parties intéressées a été de se soumettre à la loi territoriale, car elles savent que le juge local, dans une matière qui dépend de l'autonomie des particuliers, décidera d'après la volonté des contractants. La compétence ne fait donc pas connaître la volonté des parties. Si la compétence faisait connaître la volonté, il n'y aurait plus de *présomption*, il y aurait volonté *tacite*, volonté dont le juge ne pourrait plus s'écarter; tandis que l'on suppose qu'il y a *doute* sur la volonté, et que le juge est obligé de recourir à des présomptions pour découvrir la volonté *probable* des parties intéressées (1).

224. Quelle est cette loi probable? Wächter répond que cela dépend des circonstances de la cause. C'est le principe de Dumoulin, et il est très logique si l'on permet au juge de décider par des présomptions; or, il en

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 37 et suivantes.

était ainsi dans l'ancien droit français, et il en est encore ainsi dans le droit commun allemand. Le juge n'étant lié par aucune loi fait fonction de législateur, en ce sens que, dans chaque espèce, il établit les présomptions sur lesquelles il fonde la volonté probable des parties. Telle serait l'hypothèse de deux personnes ayant la même nationalité, ou, comme on dit communément, le même domicile, qui contractent à l'étranger, mais en voulant que l'exécution se fasse dans le pays auquel elles appartiennent soit par leur nationalité, soit par leur domicile; le lieu ou le contrat se forme est, dans ce cas, indifférent; les parties traitent à l'etranger comme elles auraient traité dans leur pays, d'après leur loi, la loi qu'elles connaissent, la loi qu'elles ont en vue. Faut-il aller plus loin et dire avec Hert et Riccius que, dans tous les cas où deux personnes traitent à l'étranger, elles sont regies par leur loi nationale, ou celle de leur domicile? Wachter a raison de dire qu'il n'y a pas de présomption absolue en cette matiere, que tout dépend des circonstances, qu'il faut donc laisser au juge le soin d'apprécier les circonstances et de décider d'après les probabilités qui en résultent. Tel est aussi l'avis de Dumoulin. Rien de mieux, si le juge a le droit de juger d'après des présomptions. Mais que fera le juge en France et en Belgique, ou il ne peut pas créer de présomption, le législateur seul ayant ce pouvoir? Je reviendrai sur la difficulté.

Dans le doute sur la volonté probable des parties, il faut s'en tenir à la loi du lieu où le contrat s'est formé. C'est encore une présomption; les parties n'ont manifesté aucune volonté; les circonstances ne font connaître aucune probabilité qui indique la volonté vraisemblable : on doit présumer alors que leur volonté a été de s'en rapporter à la loi du lieu ou elles ont traité (1).

225. Une loi romaine décide que chacun est censé avoir contracté là ou il s'est obligé de payer (2). La cour de Bruxelles a invoque cette loi pour juger qu'un contrat

(1) Wachter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 42-47.
(2) Julianus, l. 21, D. 44, 7 (*De obligat. et action.*).

fait en Angleterre devait être interprété d'après les lois belges, parce qu'il devait être exécuté en Belgique ; l'acte avait été passé entre un Anglais et un Belge. On lit dans les motifs de l'arrêt que le principe établi par la loi romaine a toujours été suivi en Belgique et qu'il est d'ailleurs conforme à la raison et à l'équité (1). Cette opinion a été adoptée par Fœlix, à titre d'exception à la règle générale d'après laquelle les parties contractantes sont censées se rapporter à la loi du lieu où elles traitent. L'exception s'appliquerait au cas où le contrat doit recevoir son exécution dans un lieu autre que celui du contrat et elle serait limitée à ce qui regarde l'accomplissement de l'obligation. Fœlix se fonde sur l'intention des parties contractantes, mais sans prouver que telle soit leur intention ; il cite à l'appui de son opinion un grand nombre de jurisconsultes anciens et modernes, hollandais, belges et allemands (2).

J'ai dit plus haut (n° 220) que les Anglo-Américains vont plus loin ; ils admettent comme règle générale, applicable non seulement à l'exécution, mais aussi à la nature et aux conditions de l'obligation, que le contrat est régi par la loi du lieu où il doit être exécuté, quand l'exécution ne se fait pas au lieu où la convention s'est formée. Savigny pose également en principe que les parties sont toujours censées suivre la loi du lieu où l'obligation doit recevoir son exécution. J'ai dit, dans l'Introduction historique de ces Études, que le célèbre jurisconsulte de Berlin admet une communauté de droit entre les peuples : tout homme jouit partout des droits privés, et doit être jugé d'après sa loi personnelle, si la nature du fait juridique le demande. Le juge appelé à décider une contestation dans laquelle figure un étranger, ou relative à un fait juridique qui s'est formé à l'étranger, doit examiner quel est le siége de ce fait, s'il est à l'étranger, il appliquera la loi étrangère. Savigny applique ce principe aux obligations. Il pose la question en ces termes : Quel est le

(1) Bruxelles, 24 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 107).
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, § 98 p. 231-233 de la 4e édition. Comparez Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 333 et suiv.

vrai *siége* d'une obligation ? Est-ce, comme on le dit dans l'opinion commune, le lieu où elle prend naissance, c'est-à-dire le lieu où le contrat se forme ? Ou le siége de l'obligation est-il là où l'obligation s'accomplit? Savigny répond que le lieu où le contrat se passe est un fait accidentel, passager, étranger à l'essence de l'obligation. Qu'est-ce qui fait l'essence de l'obligation? Tant qu'elle n'est pas exécutée, elle est incertaine; tout dépend du libre arbitre du débiteur; c'est par son accomplissement qu'elle devient certaine, c'est donc sur son exécution que doit se porter l'attention des parties contractantes. De là, Savigny conclut que le lieu où l'obligation sera exécutée détermine la loi d'après laquelle les parties ont entendu contracter (1).

Le langage de Savigny m'a toujours paru singulier, et les idées me semblent tout aussi étranges. Est-ce qu'une *obligation* a un *siége*? un *domicile*? L'obligation a-t-elle un *corps*, et peut-on dire qu'elle *s'incorpore*? A vrai dire, l'obligation n'a ni *corps*, ni *domicile*, ni *siége*, puisque c'est un lien de droit, c'est-à-dire une chose essentiellement incorporelle, à laquelle on essayerait vainement d'appliquer les notions de *lieu*, d'*incorporation*, de *domicile* et de *siége*. Laissons là le langage, et voyons la pensée. Quels effets produit le lien de droit qui constitue la substance de l'obligation? Savigny répond que le *lien* consiste dans l'*obligation* contractée par le *débiteur* de donner ou de faire quelque chose. On en peut dire autant du *créancier*; pour lui, le lien consiste dans le *droit* qu'il a de contraindre le *débiteur* à faire la prestation qui est l'objet du contrat. L'une et l'autre locution sont inexactes. Ce n'est ni la *dette* ni le *droit* qui constitue le *lien obligatoire*; c'est le concours de consentement qui engendre tout ensemble le *droit* et la *dette*. Si c'était exclusivement la *dette* ou le *droit*, quelle serait la loi qu'il faudrait suivre dans les contrats bilatéraux, où chacune des parties est *débitrice et créancière?* Savigny répond qu'il

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 200 et suivantes.

faudra diviser le contrat et suivre, pour chacune des parties, la *loi du lieu où son obligation* s'exécutera. Voilà une conséquence qui témoigne contre le principe. Divise-t-on ce qui est indivisible, un concours de consentement?

Le principe de Savigny est absolu; il s'applique même au cas où deux Français ou deux Belges contracteraient en Angleterre, et que l'exécution dût se faire en Angleterre. Voilà encore une conséquence qui témoigne contre le principe. La loi qui régit les contrats dépend de la volonté des parties contractantes, puisque cette volonté leur tient lieu de loi. On suppose qu'elles n'ont pas manifesté de volonté; il faut voir alors quelle est leur intention vraisemblable. Or, n'est-il pas probable que deux Belges qui traitent à l'étranger entendent suivre leur loi nationale de préférence à la loi anglaise que le plus souvent ils ignorent? Si l'une des parties est Belge et l'autre Française, et si elles conviennent que l'exécution se fera en Belgique, en conclura-t-on qu'elles ont voulu suivre la loi belge? Cela est probable pour le Belge, cela n'est pas probable pour le Français. La présomption absolue de Savigny fait donc défaut.

Que fera le juge dans le doute sur l'intention probable des parties? La plupart des auteurs décident qu'il faut s'en rapporter à la loi du lieu où le contrat a été passé. Savigny rejette cette opinion parce qu'elle met la loi à la place de la volonté des parties, et en matière de contrats le juge doit s'en tenir à ce que les parties ont voulu. Cela est très juste, mais on suppose que l'intention des parties est douteuse. Il n'y a qu'un moyen, dans ce cas, de décider la contestation, c'est de recourir à des présomptions. Qui établira ces présomptions, le juge ou la loi? D'après notre droit français, la loi seule peut créer des présomptions, lesquelles sont nécessairement générales. Savigny veut que le juge décide d'après les circonstances, et il croit trouver dans la circonstance que les parties ont indiqué, expressément ou tacitement, un lieu pour l'exécution de l'obligation, une présomption, plus que cela, la volonté tacite que la loi de ce lieu doit régir leurs conventions. S'il y a volonté tacite, tout est dit; mais est-il bien vrai

qu'il y ait volonté tacite? Il faudrait pour cela que les parties eussent pensé au conflit des lois, en contractant, ce qui le plus souvent est une pure supposition. Savigny cite comme exemple les obligations qui concernent un immeuble, délivrance, constructions, réparations, travaux de culture, location. De ce que l'exécution est locale, peut-on conclure que nécessairement les parties ont en vue la loi locale, comme Savigny le dit, dans l'espèce? Les parties passent à Gand un contrat de bail d'un immeuble situé dans les Pays-Bas. Le bailleur est Belge, le fermier Néerlandais. Ce bail sera-t-il régi par le code des Pays-Bas, par la raison que telle est l'intention nécessaire des parties? Je réponds que les parties ne peuvent avoir d'intention que si elles connaissent les lois, et si elles les connaissent, elles pourront se prononcer en faveur de la loi belge ou de la loi hollandaise; ou le bailleur pourra stipuler que le bail sera régi par la loi belge, précisément parce qu'il ne connaît pas la loi des Pays-Bas. Si cela peut se faire par une clause expresse, cela peut aussi se faire par convention tacite, et si l'on reconnaît au juge le droit de juger d'après des présomptions qu'il crée, pourquoi ne pourrait-il pas, d'après les circonstances de la cause, décider que l'intention vraisemblable des parties est de s'en rapporter à la loi du bailleur? Pour mieux dire, si le juge a le pouvoir de juger par présomptions, ce que l'on a de mieux à faire, c'est de s'en rapporter à lui, car les présomptions que la science établit *a priori* se trouveront le plus souvent en défaut dans la pratique; les contractants ne sont pas des légistes; ils se guident d'après leur intérêt, leur caprice même, comment veut-on fonder des règles générales sur des bases aussi mobiles? Savigny lui-même en fait l'aveu. Après avoir longuement développé sa doctrine, il finit par dire que les règles qu'il propose ne sont pas absolues et que la décision pourra être différente selon la nature particulière du fait juridique. Et le fait juridique ne prend-il pas un caractère particulier en vertu de la volonté des parties? C'est pour ce motif que je ne suis pas entré dans le détail de la théorie du jurisconsulte allemand. Décider par présomp-

tions, c'est exercer un pouvoir arbitraire; vainement la science tracera-t-elle des regles au juge; s'il les appliquait à la lettre, ses décisions seraient mécaniques et pourraient être contraires à l'intention vraisemblable des parties; le plus souvent il s'en écartera, et alors toutes les théories seront vaines.

226. Le système de Savigny n'a point trouvé faveur. Il se lie à l'interprétation des textes romains sur la compétence en matière d'obligations; l'interprétation a été contestée, ainsi que les conséquences que Savigny en déduit. J'ai laissé de côté les textes, parce qu'ils n'ont plus aucune autorité pour nous. Quant au lien que Savigny établit entre la compétence et la loi qui régit les obligations, il prête à bien des objections. La loi dépend entièrement de la volonte des parties, qui peuvent se soumettre à telle loi qu'elles veulent choisir; il n'en est certes pas de même de la compétence. Et s'il fallait tenir compte de la compétence pour déterminer la loi du contrat, on arriverait a une conséquence qui ferait un étrange contraste avec la communauté de droit de Savigny, puisque la loi territoriale du juge deviendrait la règle générale. On a encore fait un autre reproche à Savigny, et c'est, à notre avis, le plus grave: c'est que dans une matière qui tient a l'autonomie des contractants, il n'a aucun égard à la connaissance qu'ils peuvent avoir des lois qu'ils sont censés adopter, et n'est-ce pas là le point le plus essentiel? Peut-on dire que les parties choisissent une loi qu'elles ignorent (1)?

Bar, qui a fait cette critique, part du principe incontestable que pour déterminer la loi du contrat, il faut voir avant tout si les parties connaissent la loi qu'elles sont censées adopter. Quand les deux parties ont la même nationalité, ou, comme disent les Allemands, le même domicile, la décision n'est pas douteuse; elles sont censées soumettre leurs conventions à leur loi personnelle, qu'ils connaissent l'une et l'autre, parce que c'est leur loi commune. Mais que faire quand elles ont une nationalité

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 66, p. 232-233

différente? Il faut choisir entre le créancier et le débiteur. Bar se prononce pour la loi du débiteur. Il emprunte à Savigny sa théorie de l'essence de l'obligation, qu'il place dans la personne du débiteur : c'est lui qui donne ou qui fait, c'est contre lui que l'action est dirigée. On peut admettre tout cela et néanmoins rejeter la conséquence. Quoi qu'en disent Bar et Savigny, ils ne parviendront pas à éliminer le créancier; s'il n'y a pas d'obligation sans débiteur, il n'y en a pas non plus sans créancier; et celui-ci a droit et intérêt à concourir dans le choix de la loi qui doit régir la convention, aussi bien que le débiteur: la loi du contrat doit dépendre d'une volonté commune, comme tous les éléments de la convention. Dès lors, il est impossible que soit le juge, soit le législateur fasse abstraction de la volonté et de l'intérêt du créancier: celui-ci objectera que s'il avait prévu le conflit, il n'aurait pas traité d'après la loi du débiteur, et je ne vois pas ce que, en théorie, on répondrait à cette prétention.

Bar lui-même, après avoir posé sa règle, est obligé d'y apporter des exceptions, et il déclare nettement que tout principe général est impossible. Tantôt il se prononce pour la loi du lieu où le contrat a été fait, tantôt pour la loi du lieu où la convention doit être exécutée, tantôt pour la loi de la situation de l'immeuble; enfin il y a un cas où la loi territoriale du juge l'emporte. Sur ce dernier point, il n'y a aucun doute, puisqu'il s'agit des lois d'intérêt social. Il est inutile que je discute les autres exceptions, puisque je n'admets point la règle : je retrouverai d'ailleurs, dans la partie spéciale de ces Études, les questions sur lesquelles il y a controverse (1).

Nº 3. LE DROIT ITALIEN. CONCLUSION.

227. Le code italien contient, sur la loi qui doit régir les contrats, la disposition suivante : « La substance et les effets des obligations sont censés réglés par la loi du lieu où le fait juridique s'est passé, et si les contractants

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 233-245.

étrangers appartiennent à une même nation, par leur loi nationale. La preuve d'une volonté contraire sera admise dans tous les cas. » (Dispositions générales, art. 10.)

Un premier principe résulte de cette disposition, c'est que la loi qui régit les contrats dépend entièrement de la volonté des parties contractantes; c'est l'autonomie, admise par tous les jurisconsultes du continent; les Anglo-Américains eux-mêmes se rapprochent de l'opinion qui est aujourd'hui généralement admise. Le code italien ne dit pas si la volonté des parties peut être tacite; il était inutile de le dire, puisque tel est le droit commun.

Quand les parties n'ont point manifesté leur volonté, ni par paroles ni par des faits, il faut recourir à des présomptions. Doit-on les abandonner à la prudence et aux lumières du juge, comme le code Napoléon le fait en ce qui concerne les présomptions dites de l'homme (art. 1353)? Le législateur italien reproduit le système du code français en ce qui concerne la preuve par présomption. Dès lors il faut dire ce que j'ai dit du code Napoléon, que les présomptions de l'homme pourront rarement être invoquées en cette matière. De là la nécessité pour le législateur d'établir lui-même des présomptions : c'est ce que fait le code italien dans l'article 10 que je viens de transcrire.

Si ceux qui contractent à l'étranger appartiennent à la même nation, le contrat sera régi par leur loi nationale.

Le code applique le même principe au cas où la disposition dépend uniquement de la volonté du disposant. Tels sont les testaments et les donations; il faut ajouter les actes unilatéraux, tels que la confirmation.

Si les contractants n'ont pas la même nationalité, ils sont censés soumettre leurs conventions à la loi du lieu où ils traitent.

Les parties intéressées sont admises à prouver que la volonté des contractants n'est point celle que la loi leur suppose; c'est-à-dire que les étrangers, quoique de la même nation, ont voulu suivre la loi du lieu où le contrat s'est fait, ou que les parties de nations différentes s'en sont rapportées à la loi nationale de l'une d'elles, ou à la loi de

la situation des biens. A vrai dire, ce n'est pas combattre les présomptions légales établies par le code, c'est faire la preuve de la volonté tacite des contractants, et quan[d] ceux-ci ont manifesté leur volonté, il n'y a pas lieu à recourir aux présomptions légales, celles-ci n'étant nécessaires que lorsqu'il y a doute.

228. Je crois que la théorie du code italien est la seule qui se concilie avec les principes admis en Italie, comme en France et en Belgique, sur le pouvoir du juge et sur la liberté des parties contractantes. Dumoulin, dans l'ancien droit, les jurisconsultes allemands, dans le droit moderne, ainsi que les Anglo-Américains, établissent comme principe en cette matière que c'est aux contractants de déterminer la loi par laquelle ils entendent que leurs conventions soient réglées; dans le silence des parties, le juge recherche quelle est leur volonté vraisemblable, et il décide d'après ces présomptions. Les légistes ne s'entendent guère sur ces présomptions; ils ne s'accordent qu'en une chose, c'est que le juge les crée, ce qui revient à dire qu'il fait le droit, en même temps qu'il l'applique. Il fa[it] le droit, car il ne juge point d'après la volonté des parties celles-ci n'ayant manifesté aucune volonté; c'est le juge qui détermine la loi d'après laquelle leur contrat est régi il le fait d'après des règles générales que trace la science et qui finissent par être observées comme une loi. C'es[t] ainsi que les juges anglo-américains décident toujours que le contrat est régi par la loi du lieu où il a été fait

Ce pouvoir n'appartient plus au juge, dans les pays où il existe des codes : le droit ne s'y fait point par la science et par la jurisprudence, il se fait par le législateur. C'est donc le législateur qui doit établir des présomptions d'après lesquelles le juge décidera quelle est la loi qui, dans chaque espèce, régit le contrat. Les règles générales, en cette matière, ne sont pas sans inconvénient : fondées sur de simples probabilités, elles peuvent n'être pas en harmonie avec la volonté réelle des parties contractantes. C'est le danger attaché à toute présomption; voilà pourquoi le législateur admet la preuve contraire. Dans l'espèce, il n'y a pas lieu à la preuve contraire proprement dite. En effet, la preuve

suppose un fait à établir ; or, il n'y a pas de fait ; les parties n'ont rien dit, rien voulu ; le juge, en décidant la contestation par des présomptions, ne dit pas que telle est la volonté des parties, il dit quelle aurait été vraisemblablement leur intention, si elles avaient prévu le conflit. C'est moins qu'une probabilité, ce sont des conjectures. Mais la preuve contraire serait admise, comme je viens de le dire (n° 227), pour établir que les parties ont eu une volonté, laquelle écarte les présomptions.

229. Le droit français n'établit pas de présomptions. Que fera le juge, dans le silence de la loi? J'ai dit qu'il doit recourir à la tradition, dans une matière essentiellement traditionnelle. Le principe est incontestable, mais dans l'application il ne sera guère utile au juge. En France on décide en termes absolus que le contrat est régi par la loi du lieu où il a été fait (n° 217); en Belgique on décide en termes également absolus qu'il faut suivre la loi du lieu où le contrat doit être exécuté (n° 225). On trouverait bien d'autres décisions encore dans la tradition. Ce que je vais ajouter est de théorie plutôt que de pratique. Le droit civil international est encore à l'état de formation, et c'est par la science qu'il doit se développer, en attendant qu'il puisse être consacré par des traités.

On suppose que les parties n'ont manifesté aucune volonté, ni expresse ni tacite, concernant la loi qui doit régir leurs conventions. Le législateur doit rechercher leur volonté probable, c'est-à-dire ce qu'elles auraient vraisemblablement voulu si leur attention s'était portée sur le conflit des lois par lesquelles leur contrat pourra être réglé. L'intention vraisemblable des parties dépend avant tout du point de savoir si elles ont connaissance des lois qui peuvent régir le débat. Généralement les parties connaissent leurs lois nationales ; ce n'est pas qu'elles soient présumées les connaître, comme on le dit; mais, de fait, ceux qui vivent sous l'empire d'une loi les connaissent plus ou moins, s'ils sont intéressés à les connaître, tandis qu'ils ne connaissent guère les lois étrangères. Ce fait conduit à une distinction.

Si les parties contractantes ont la même nationalité, le

législateur établira comme règle que le juge doit appliquer leur loi personnelle à la convention qu'elles font en pays étranger. La loi dépend de la volonté des parties, et, dans l'espèce, de leur volonté vraisemblable; or quelle est la loi que les contractants connaissent l'un et l'autre, est-ce celle du lieu où ils traitent, ou est-ce la loi de la nation à laquelle ils appartiennent? La vraisemblance est pour cette dernière. Il est déjà si difficile de connaître les lois de son pays; les lois étrangères sont en général ignorées, même des jurisconsultes; comment les premiers venus les connaîtraient-ils? On peut donc poser en principe que des personnes ayant la même nationalité, traitant en pays étranger, ont en vue leur loi nationale (1). Sans doute, ce ne sont là que des probabilités, et il peut résulter, des circonstances de la cause, des probabilités contraires. Si par exemple des Belges s'étaient établis en France, en y fixant le siége principal de leurs affaires, s'ils y résidaient depuis de longues années, la présomption qu'ils connaissent mieux leur loi nationale que celle du pays où ils contractent serait nécessairement affaiblie. Le juge pourra-t-il tenir compte de ces circonstances particulières, pour appliquer la loi française plutôt que la loi belge? Il le pourrait, non pour combattre la présomption légale, car celle-ci est absolue, mais comme une des circonstances de la cause qui permettront au juge d'établir que les parties ont eu la volonté de se soumettre à la loi française. Si le juge parvient à établir la volonté des parties, les présomptions seront par cela même écartées; car si le législateur les établit, c'est parce que les parties n'ont pas fait connaître leur volonté.

230. Si les parties appartiennent à des nations différentes, le législateur ne peut plus se baser sur la probabilité que les parties connaissent mieux leur loi nationale que la loi étrangère, puisque chacune a une nationalité distincte. En ce qui concerne la connaissance de la loi et la vraisemblance qui en résulte, il y a conflit entre les

(1) Voyez, en ce sens, Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 242 et 227. Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 157. Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 331.

deux lois, la loi du créancier que lui seul est censé connaître, et la loi du débiteur que lui aussi connaît seul. Le législateur ne peut se prononcer en faveur de l'une des parties sans heurter et léser l'autre; il n'y a pas plus de raison, à mon avis, pour adopter la loi du débiteur que pour préférer celle du créancier. Pour rester fidèle au principe qui sert de base aux présomptions, il faudrait dire que l'on suivra la loi du créancier quant à ses intérêts, et la loi du débiteur pour ce qui concerne les siens. J'ai répondu d'avance que la volonté des contractants ne se scinde pas; ce n'est pas la volonté du créancier ni celle du débiteur qui forme le contrat, c'est le concours de leurs volontés; il faut donc une volonté commune; tandis que, en scindant le contrat, on aurait des volontés contraires : conçoit-on un contrat qui se forme par la contrariété de volontés? Il n'y aurait pas de consentement, partant pas de convention. Ainsi l'opinion que je combats aboutit à l'absurde : pour déterminer la loi du contrat, on anéantirait le contrat. C'est certes le cas de dire que la conséquence témoigne contre le principe.

Si l'on écarte les lois nationales des parties, on est forcément conduit à se prononcer soit pour la loi du lieu où le contrat se passe, soit pour la loi du lieu où le contrat s'exécute. J'ai réfuté ce dernier principe (n° 225). Dès lors il ne reste que la loi du lieu où le contrat se fait. Au premier abord on est tenté de croire que la réduction à l'absurde qui milite contre la division du contrat, milite aussi contre la présomption que je propose. On ne veut pas de la loi nationale des parties, parce que chacune d'elles ignore la loi personnelle de l'autre, et on leur impose une loi étrangère, qu'aucune d'elles n'est censée connaître! Voilà, en apparence, un étrange moyen de les mettre d'accord. Je réponds qu'il ne s'agit point de les mettre d'accord, ni de leur imposer une loi qu'elles ignorent. Si le législateur intervient, c'est qu'il y est forcé; la présomption qu'il établit est celle qui est assez généralement admise par la doctrine; néanmoins le législateur entend si peu l'imposer, qu'il n'a en vue, en l'établissant, que d'appeler l'attention des parties sur l'intérêt qu'elles ont

de déterminer elles-mêmes la loi qui régira leurs conventions. Ceci est un point essentiel, et peut-être pourra-t-on, sur ce terrain, concilier les opinions discordantes qui divisent encore la doctrine ainsi que les diverses législations.

231. Il faut trouver un moyen d'engager les parties à déterminer elles-mêmes la loi qui doit régir leurs contrats. Ce serait la réalisation de l'autonomie dont elles jouissent, et l'on préviendrait les difficultés inextricables auxquelles toutes les théories, en cette matière, donnent lieu; d'accord pour critiquer tous les systèmes, les auteurs ne parviennent pas à s'accorder sur un seul. Je dis qu'il faut chercher un moyen d'engager les parties à faire connaître la loi à laquelle elles entendent se soumettre. On ne peut songer à leur en faire une obligation, parce que l'obligation n'aurait pas de sanction, et partant serait sans valeur. En effet, qu'arriverait-il si les parties n'observaient pas la loi? On ne pourrait pas déclarer la convention nulle, car les parties n'auraient fait que renoncer au bénéfice d'une disposition qui est introduite en leur faveur. Les contractants y renonceraient à leur préjudice, et ils en supporteraient les conséquences, l'incertitude de la loi qui gouvernera leurs conventions, et par suite des difficultés et des procès. La loi qui prévoit ces difficultés et qui y cherche une solution servira déjà d'avertissement à ceux qui traitent avec un étranger, et aux étrangers qui contractent entre eux : si les présomptions que la loi établit ne répondent pas à leur intention, ce sera un motif déterminant pour déclarer leur volonté; alors les présomptions légales viendront à tomber. Tout ce que le législateur peut faire c'est d'éclairer les parties sur leur intérêt. Elles ignorent souvent la loi, puisqu'on suppose que des étrangers figurent au contrat. Il est donc bon que, si les parties dressent un acte authentique, le notaire leur donne connaissance de la loi, s'il y en a une, et, en tout cas, appelle leur attention sur l'intérêt qu'elles ont à déclarer quelle loi elles entendent suivre. Cette obligation imposée au notaire finirait par devenir de style; elle passerait dans les actes sous seing privé, et entrerait insensiblement dans les mœurs.

232. Les longs développements dans lesquels j'ai dû entrer ne concernent que le principe; et encore ai-je négligé bien des détails, de crainte d'effrayer les lecteurs, que je voudrais, au contraire, attirer à ces études si difficiles. Je développerai, dans la partie spéciale de ces Etudes, les difficultés auxquelles le principe donne lieu ; cela me fournira l'occasion de revenir sur le principe et de le compléter. Je parlerai de l'effet des contrats, de la confirmation, de la ratification, ainsi que de la rescision, de la résolution et de la réduction. Puis il y a des actes unilatéraux, entre-vifs et à cause de mort : quelle est la loi qui les régit? Enfin viennent des faits qui ont quelque analogie avec les conventions, bien qu'il n'y intervienne aucun concours de consentement, les délits, les quasi-délits, et les quasi-contrats. Les conventions viennent souvent en conflit avec des lois territoriales concernant les droits de la société et les bonnes mœurs. C'est une nouvelle source de difficultés, et des plus grandes : quelle est la limite à laquelle s'arrête la souveraineté territoriale? et jusqu'où s'étend l'autonomie des parties contractantes? Ici il y a moyen de donner pleine satisfaction aux Anglo-Américains, qui ont raison de se préoccuper des droits de l'Etat, mais qui poussent trop loin l'intérêt national, et menacent de détruire le droit en le subordonnant à l'intérêt.

SECTION V — Des lois qui concernent les formes des actes.

§ I. *De l'adage : Locus regit actum.*

N° 1. FONDEMENT.

233. Quelle loi suit-on pour régler la forme des actes? Il y a sur ce point un vieil adage qui est admis par tous les auteurs et qui est consacré par toutes les législations, *Locus regit actum* (1). On est généralement d'accord, dit un auteur récent, pour admettre ce principe. Mais Brocher ajoute que l'on est malheureusement bien loin de s'en-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 168-170.

tendre sur la portée de la maxime traditionnelle ; les doutes, les incertitudes, les difficultés abondent et, par suite, les divergences d'opinions, de sorte que l'application d'une règle en apparence universelle devient presque une chance aléatoire (1). Il faut d'abord préciser ce que l'on entend par *formes*, dans l'adage qui détermine les formes d'après la loi du lieu où l'acte est passé.

Merlin et la plupart des auteurs distinguent plusieurs espèces de formes (2). Il y a d'abord des formalités *extrinsèques* ; on les appelle aussi *probantes* ou *instrumentaires*. Ce dernier terme, peu usité, est peut-être le meilleur ; il marque bien qu'il est seulement question de formes qui concernent l'écrit (*instrumentum*) dressé par les parties pour se procurer une *preuve* de leurs conventions ; de là l'expression de formes *probantes*. Le mot *extrinsèques*, dont on se sert habituellement, suppose qu'il y a des formes *intrinsèques*, que l'on nomme aussi *viscérales* : ce sont celles, dit Merlin, qui constituent l'*essence* de l'*acte*, qui lui donnent l'être, et sans lesquelles il ne peut pas exister. Tels sont, dans tous les contrats, le consentement des parties ; dans la vente, la chose et le prix ; dans le prêt de consommation, la tradition de la chose qui en fait l'objet. Les formalités que l'on appelle *intrinsèques* n'ont rien de commun avec les formes proprement dites ; celles que Merlin énumère sont des conditions requises pour l'existence de la convention ; quand l'une de ces conditions fait défaut, le contrat est radicalement nul, ou, comme on dit, inexistant ; tandis que les formes extrinsèques ne sont requises que pour la validité de l'écrit, et l'écrit, en général, n'est dressé que pour se procurer une preuve littérale des faits juridiques ; quand l'écrit est nul en la forme, il ne peut pas servir de preuve, ce qui n'empêche pas le fait juridique d'être valable si les conditions exigées pour sa validité et son existence sont remplies. En qualifiant ces conditions de *formes* intrinsèques, on a été conduit à

(1) Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 281 et note ; p. 296 et note.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, n° 7 (t. XVIII, p. 436, de l'édition de Bruxelles).

appliquer aux conditions des contrats et à leurs effets le statut du lieu où la convention se passe; c'est une confusion de deux ordres d'idées tout différents. Les conventions sont généralement d'intérêt privé; voilà pourquoi la volonté des parties y joue le grand rôle; elles ne sont pas soumises à une loi que le législateur impose, les parties contractantes font elles-mêmes leur loi. Il en est tout autrement des formes extrinsèques; la loi seule règle la forme des actes; les écrits sont destinés à être produits en justice, ils constituent la preuve par excellence des faits qui sont débattus devant les tribunaux; en ce sens, les formes sont d'intérêt général. Les expressions qui confondent des notions juridiques d'une nature différente conduisent toujours à des erreurs; il faudrait bannir de la science celle de *formalités intrinsèques*.

On donne le nom de formalités *habilitantes* à celles que la loi prescrit à raison de l'incapacité des parties qui figurent dans un contrat; elles sont destinées à les *habiliter*, c'est-à-dire à les rendre capables de faire certains actes. Ces formes n'ont rien de commun avec l'*écrit* que les parties dressent; on n'exige pas même un écrit pour l'autorisation du mari, ou pour l'assistance du curateur.

Merlin parle encore des formalités d'*exécution*, requises pour qu'un acte puisse être exécuté; telles sont, dans les contrats et dans les jugements, la mise en grosse et l'apposition de la formule exécutoire. Ces formes concernent la procédure; elles sont étrangères au droit civil proprement dit.

Merlin ne dit rien des formes que les lois établissent dans l'intérêt des tiers, afin de porter à leur connaissance les actes qui les intéressent; telle est la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers et l'inscription des priviléges et hypothèques. Ces formes n'ont rien de commun avec l'écrit qui est dressé pour servir de preuve.

234. L'adage traditionnel doit donc être limité aux formes extrinsèques, qui sont prescrites pour la validité des actes destinés à servir de preuve. Telles sont les nom-

breuses formes que la loi du 25 ventôse an XI établit pour la rédaction des actes authentiques. Il n'y a point de formalités analogues pour les actes sous seing privé. Le code Napoléon ne contient que deux dispositions relatives à ces écrits, l'article 1325 sur les actes qui constatent des conventions synallagmatiques, et l'article 1326, qui ne s'applique qu'à certains actes unilatéraux connus sous le nom de *billets*. La loi de ventôse sur le notariat détermine les formes qui doivent être observées sous peine de nullité. Le code civil ne prononce pas la peine de nullité pour inobservation des articles 1325 et 1326; mais on admet qu'il y a nullité virtuelle. Lorsque l'acte est nul en la forme, il n'y a point de preuve littérale; la convention sera néanmoins valable si les conditions requises pour sa validité ont été remplies ; seulement, la preuve deviendra difficile et parfois impossible. Quand, au contraire, l'acte est valable en la forme, les parties intéressées auront une preuve littérale, la plus forte des preuves : l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux des faits matériels, et, jusqu'à preuve contraire, de la vérité de ces faits; il en est de même des actes sous seing privé, s'ils sont reconnus ou vérifiés en justice.

Pourquoi la loi exige-t-elle des formes pour la validité des actes ou instruments ? C'est parce qu'ils sont destinés à faire foi devant les tribunaux ; ils tiennent donc à la distribution de la justice, le plus grave des intérêts sociaux. Pour que les actes fassent preuve des faits juridiques qu'ils constatent, la loi veut qu'ils soient dressés dans certaines formes, qui garantissent que l'écrit constate exactement les conventions des parties contractantes. Les formes sont donc de la plus haute importance : de leur observation dépend la foi qui s'attache à la preuve littérale, et c'est de cette preuve que dépend d'ordinaire la décision des procès.

235. Je suis obligé de rappeler ces notions élémentaires, parce qu'elles servent à préciser le sens de l'adage traditionnel, et elles font connaître les motifs sur lesquels il est fondé. Or, il en est de cet adage, comme de toutes les règles de droit : les motifs, c'est tout le principe; ils

décident toutes les difficultés qui se présentent dans l'application de la loi.

Il faut voir d'abord ce que signifie l'adage, et quel rapport il y a entre la loi qui régit les formes de l'acte et les statuts personnels ou réels. Un acte de vente est dressé, en Belgique, par-devant notaire. Le vendeur et l'acheteur sont Anglais; le bien vendu est situé en Allemagne. Quelles formes suivra-t-on pour la rédaction de l'acte? Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute; le notaire belge doit rédiger l'acte dans les formes prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, d'après laquelle il est tenu d'instrumenter. Ces formes ne sont pas celles du pays auquel appartiennent les parties contractantes, ce ne sont pas celles du pays où sont situés les biens. Néanmoins, l'acte dressé en Belgique, d'après la loi belge, fera foi en Angleterre, en Allemagne et partout ailleurs, où il sera produit en justice. Pourquoi ne suit-on pas le statut personnel des parties? Parce que les formes n'ont rien de commun avec la nationalité des contractants; elles dépendent des circonstances locales du pays où l'acte est dressé; voilà pourquoi elles varient d'un pays à l'autre. En France et en Belgique, c'est un notaire qui reçoit les actes authentiques; ailleurs, l'acte est passé en justice, comme jadis les œuvres de loi se faisaient devant les tribunaux. La nationalité des parties intéressées est indifférente en cette matière. Cela est d'évidence quand elles dressent un acte authentique, car ce ne sont pas les parties qui rédigent l'acte, c'est un officier public, et le notaire ne suit pas des formes diverses, suivant la nationalité de ceux qui comparaissent devant lui, il est obligé, en France et en Belgique, d'observer la loi du 25 ventôse an XI. Quand les parties font un acte sous seing privé, elles peuvent, à la rigueur, observer leur loi nationale, si leur nationalité est la même; mais, si elles appartiennent à des nations différentes, cela est impossible, puisque la forme des actes ne peut se diviser; il faut alors s'en tenir à la forme locale. Demandera-t-on pourquoi on ne suit pas la loi de la situation des biens ou le statut réel? Dans la doctrine traditionnelle, la réalité des statuts se fonde sur la souverai-

neté ; or, la puissance souveraine du pays où les biens sont situés n'a aucun intérêt à ce que les actes soient rédigés, à l'étranger, dans les formes prescrites au lieu de la situation ; la question qui sera soumise, s'il y a lieu, au juge territorial, est uniquement de savoir si l'écrit que l'on produit devant lui fait foi ; or, cette question ne peut être décidée que d'après les lois du pays où l'acte a été passé ; le législateur de ce pays étant seul compétent pour régler les formes qui sont les plus propres à assurer la libre expression de la volonté des parties intéressées. Donc l'acte dressé d'après ces formes doit faire foi partout.

Si l'on s'en tient au langage traditionnel, il faut dire que le statut des formes de l'acte n'est ni personnel ni réel ; car on ne suit pas les formes du statut personnel des parties, ni les formes du lieu où les biens sont situés. Voilà pourquoi Paul Voet en faisait une catégorie spéciale sous le nom de statuts mixtes (1). Je ne vois pas à quoi sert cette terminologie, que d'autres légistes employaient dans un sens différent, et qui a fini par disparaître de la science, comme n'ayant ni but, ni utilité. Un statut mixte implique l'idée d'une loi qui dispose tout ensemble sur les personnes et sur les choses ; en ce sens tous les statuts seraient mixtes, car les lois sont toutes faites en vue des personnes, et la plus personnelle des lois touche à des intérêts pécuniaires. Pothier classait à part le statut des formes, ce qui, dans l'ancienne doctrine, était plus logique (2). La notion du statut a changé ; les statuts que jadis on réputait réels de leur essence, tels que le statut des successions, sont devenus personnels, parce qu'ils concernent des intérêts privés ; et on qualifie de réels les statuts qui intéressent les droits de la société. En ce sens, on peut appeler réel le statut des formes ; c'est le législateur de chaque pays qui est seul compétent pour déterminer les formes, d'après les circonstances intellectuelles, morales et politiques que lui seul peut apprécier. C'est pour tenir compte du caractère particulier du statut

(1) P. Voet, *De Statutis*, IV, 2, 4.
(2) Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introduction générale, nº 25. Comparez Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 436, nº 537 de la 2e édition.

des formes, que j'en traite après avoir exposé les principes qui régissent les statuts personnels et réels. On évite par là la confusion, si facile en cette matière, d'appliquer au fond des conventions une maxime qui ne concerne que les formes de l'instrument.

236 D'après cela, il est facile de préciser les motifs de l'adage qui détermine les formes d'après la loi du lieu où l'acte est passé. On en a donné toutes sortes de raisons ; il y en a de mauvaises et d'insignifiantes. Je commence par celles qui, à mon avis, sont les bonnes, et que personne ne pourra contester. Il y a d'abord une raison de nécessité, sur laquelle tout le monde est d'accord. Le plus souvent, il serait impossible aux étrangers de suivre, hors de leur pays, leurs lois nationales, ou les lois de la situation des biens. La législation française sépare la juridiction volontaire de la juridiction contentieuse, en attribuant aux notaires la rédaction des actes les plus importants qui, dans l'ancien droit, étaient de la compétence des tribunaux. En Allemagne, au contraire, la confusion des deux juridictions subsiste généralement. Ainsi, les testaments se font en justice d'après le droit prussien, et par-devant notaire d'après notre droit. Vainement, un Prussien voudrait-il tester, chez nous, devant un tribunal, le juge se déclarerait incompétent ; il a donc fallu permettre au Prussien de faire son testament par-devant notaire. De même, les Français et les Belges qui veulent dresser un acte à l'étranger, là où il n'y a pas de notaires, seront obligés de se conformer aux lois du pays.

Pour les actes sous seing privé, la difficulté est moindre, mais elle subsiste. Qui rédige ces actes ? Rarement ce sont les parties, le plus souvent ce sont des agents d'affaires. Or, ceux-ci ne connaissent que la pratique légale du pays où ils exercent leur ministère. Quant aux parties, d'ordinaire elles ne connaissent aucune loi ; elles sont forcées de s'en rapporter aux rédacteurs qui dresseront les actes conformément à la loi locale. Rédigés dans ces formes, les actes devront faire foi partout, sinon, disait Portalis en exposant les motifs du projet de code, il n'y

aurait plus aucune sécurité dans les relations civiles (1).

Le principe n'a-t-il pas d'autre fondement que la nécessité ? La question est très importante ; car on pourrait en induire que, la nécessité cessant, la règle doit cesser. Je crois que l'adage traditionnel n'est pas seulement fondé sur la nécessité, qu'il est aussi conforme à la raison. Quel est le but des formes dites extrinsèques? C'est de garantir la libre expression de la volonté des parties qui dressent l'acte, en les mettant à l'abri de toute influence illégitime et de toute fraude. Or, c'est au législateur de chaque pays de régler les formes qui lui paraissent les plus propres à atteindre ce but. Dans les actes authentiques, la qualité des témoins est d'une grande considération; et qui est compétent pour déterminer les conditions que les témoins doivent réunir ? C'est bien certainement le législateur local. Dans les actes sous seing privé, les lois se contentent en général de la signature. L'article 1326 exige de plus un *bon* ou un *approuvé* pour les *billets*, quand le corps de l'acte n'a pas été écrit par le signataire. C'est une garantie contre l'abus des blancs seings, donc une disposition qui tend à assurer la vérité des actes. Qui est compétent pour prescrire ces garanties ? Le législateur local, et lui seul, puisque tout dépend de l'état moral du pays ; les mesures de défiance, nécessaires dans un pays, peuvent ne pas l'être ailleurs. Merlin dit en termes généraux : « Chaque pays a ses lois pour les formes probantes des actes, et ces lois sont toujours fondées sur des motifs différents. Tout dépend, en cette matière, de l'opinion que le législateur a eue de ses sujets, et, par conséquent, les lois relatives à la force probante des actes sont fondées sur des raisons purement locales et particulières à chaque territoire. Il n'y a donc que la loi du lieu où un acte a été passé qui puisse en attester la vérité (2) ». Quand les formes locales

(1) Portalis, Exposé des motifs du Titre préliminaire, n° 4 (Locré, t. I, p. 235, de l'édition de Bruxelles). Comparez Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 349 et 350 ; Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 168 ; Phillimore, *Private international law* (t. IV, p. 493). Rocco, *Delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 287 et suiv.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1, n° 3 (t. 24, p. 430 de l'édition de Bruxelles).

ont été observées, on doit présumer que l'acte est la libre expression de la volonté des parties, donc il doit faire foi partout. Si, au contraire, l'acte n'était pas fait dans ces formes, il ne pourrait plus être considéré comme exprimant la volonté des parties ; dès lors, il ne peut plus faire foi nulle part. Tel est le fondement rationnel de l'adage : *Locus regit actum*

J'arrive aux mauvaises raisons. Story, après avoir rapporté l'adage généralement admis, remarque qu'on le fonde ordinairement sur la soumission volontaire de l'étranger à la loi du lieu où il passe un acte. Telle est, en effet, l'explication de Paul Voet, dont l'autorité est encore grande chez les Anglo-Américains (1). Il serait peut-être plus correct, ajoute Story, de dire que la loi locale agit sur l'acte, indépendamment de toute volonté des parties, en vertu de la puissance souveraine que toute nation a de régir les personnes, les biens et les transactions, dans les limites de son territoire (2). C'est en ce sens que s'exprime Hertius : « L'étranger devient, quant à ses actes, sujet temporaire de l'Etat dans lequel il agit, tout en restant soumis d'ailleurs, quant à sa personne, aux lois de son pays. » Massé reproduit cette doctrine (3), et on la trouve même chez Merlin, qui avait donné une meilleure raison (4). Voilà comment une opinion se transmet d'un auteur à l'autre, et à force d'être répétée, elle passe pour un axiome. Il est certain que l'adage *Locus regit actum* n'est pas fondé sur une soumission volontaire des parties ; car, qu'elles le veuillent ou non, elles sont tenues d'observer la loi locale, qui dépend, non de leur volonté, mais d'un intérêt général. Est-ce à dire qu'elle soit fondée sur la puissance souveraine de l'Etat où l'acte se passe ? S'il en était ainsi, l'acte n'aurait d'effet que dans les limites territoriales de l'Etat où il est reçu, et partout ailleurs on pourrait le repousser, comme émanant d'une souveraineté

(1) P. Voet, *De Statutis*, IX, 2, 9, p. 267
(2) Story, *Conflict of laws*, § 261, p. 299, de la 7e édition.
(3) Massé, *Droit commercial*, t. I, n° 571, p. 471, de la 2e édition.
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Preuve*, sect. II, § 3, art. 1 (t. XXIV, p. 430.

étrangère. C'est oublier qu'il s'agit d'une maxime universelle, et qu'il faut expliquer pourquoi un acte fait conformément à une loi qui n'a qu'une autorité locale, est admis partout, et fait foi partout : la souveraineté territoriale n'explique certes pas l'universalité de la règle.

On a donné une autre raison, tellement générale qu'elle s'appliquerait à tout le droit international privé. Des auteurs hollandais et allemands disent qu'il faut distinguer entre les personnes, les choses et les actes, et que les actes sont naturellement régis par la loi du lieu où ils se passent (1). C'est prouver trop, et qui prouve trop ne prouve rien. Est-ce que toute loi, qu'elle soit relative aux choses ou aux personnes, n'aboutit pas nécessairement à un acte? Il n'y aurait donc d'autre loi que celle du lieu où l'acte juridique se passe. La règle simplifierait singulièrement les difficultés auxquelles donne lieu le conflit des lois : pour mieux dire, il n'y aurait plus de conflit. Cela prouve qu'une doctrine n'est pas toujours juste par la seule raison qu'elle est simple.

En désespoir de cause, un excellent jurisconsulte a nié que la maxime traditionnelle eût un fondement juridique. Bar l'admet, parce qu'étant universellement reçue, elle fait partie du droit des gens (2). Si le droit des gens ne se composait que de règles reçues par toutes les nations, sans qu'elles fussent fondées en raison, il ne mériterait pas le nom de droit. Notre science est une science rationnelle, et elle cesserait d'être une science si elle ne reposait que sur des faits. Quand une règle est reçue par toutes les nations, il faut au moins supposer qu'elle a une raison d'être ; ce n'est pas seulement l'utilité, car l'utilité seule n'est pas un principe. J'ai dit quelle est, à mon avis, la raison d'être de l'adage traditionnel.

237. Le code Napoléon ne consacre pas l'adage en termes formels. Il se trouvait dans le titre préliminaire du projet de code civil : « La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou passés. »

(1) Voyez les citations dans Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 112, note 2.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 112, § 34.

Le Tribunat combattit la disposition, et, il faut le dire, par d'assez mauvaises raisons. Je ne reproduis que l'objection que l'on pourrait renouveler : « Cette règle a, comme toutes les autres, ses exceptions, dont il fallait l'accompagner, et dont on n'a pas pu la séparer sans danger. Par exemple, de ce que les actes passés en pays étranger ne sont soumis qu'aux formes prescrites par les lois de ce pays, validerez-vous l'acte de mariage qu'un mineur irait faire exprès sans le consentement de son père, dans les pays italiques régis par le concile de Trente, qui dispense de ce consentement et anathématise quiconque ose l'exiger? » Portalis, l'orateur du gouvernement, répondit : « La maxime est limitée à la *forme* des actes, or le consentement des pères au mariage des enfants mineurs n'est point une *forme*, mais une condition. » Merlin dit que Portalis aurait pu ajouter : « C'est une forme, si vous voulez, mais c'est une forme habilitante (1). » A mon avis, Portalis a raison contre le Tribunat et contre Merlin. On a tort d'appeler *forme* ce qui est une *condition*. Le langage inexact conduit toujours à des erreurs. C'est ce qui arriva au Tribunat; il confondit les formes du mariage avec les conditions intrinsèques requises pour sa validité.

On sait que Napoléon retira le projet de code civil; et pour empêcher à l'avenir toute résistance du Tribunat, il le mutila, en éliminant les membres opposants; puis il représenta le projet qui contenait la disposition concernant la forme des actes. Le Tribunat persista à la critiquer, parce qu'elle était trop vague et pouvait prêter à des raisonnements faux et dangereux. Pour mettre fin à ce conflit, le conseil d'Etat consentit à la suppression de l'article relatif aux formes; mais il n'entra pas dans sa pensée de répudier une maxime que le Tribunat lui-même admettait (2). Tout en retranchant la disposition du projet concernant les formes, les auteurs du code civil en tirent des applications dans les articles 47 et 999, et le législateur

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, nº 7 (t. XVIII, p. 436 et 437, de l'édition belge).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, nº 8.

belge a fait de même dans la loi hypothécaire (art. 77).

238. A quels actes s'applique le principe? On demande si les actes sous seing privé sont soumis à la maxime *Locus regit actum*. Il faut d'abord bien préciser la difficulté. Un étranger fait en France un acte sous seing privé dans les formes prescrites par les articles 1325 et 1326. Cet écrit est-il valable, en supposant que le statut personnel de l'étranger prescrive d'autres formes? A mon avis, il faut appliquer la maxime, elle est générale de sa nature, et doit par conséquent recevoir son application à tous les actes. Il y a cependant un motif de douter. L'adage traditionnel est fondé principalement sur la nécessité, c'est-à-dire sur l'impossibilité dans laquelle est l'étranger de suivre d'autres formes que celles du lieu où il se trouve; cela est impossible quand un officier public intervient dans l'acte, les fonctionnaires étant obligés d'observer les lois de leur pays; mais dans les actes sous seing privé, il n'intervient pas d'officier public; donc, à la rigueur, les parties qui les dressent pourraient suivre les lois de leur pays. Je réponds d'abord que, s'il n'y a pas nécessité absolue et légale d'observer les formes locales, il y a le plus souvent nécessité de fait. Ceux qui rédigent les actes sous seing privé à l'étranger ne connaissent d'ordinaire d'autres formes que celles du pays où ils résident; ce sont des praticiens, avocats, notaires, agents d'affaires; tous ont un formulaire qui pour eux est légal. Il y a une autre réponse qui est décisive. La maxime n'est pas seulement fondée sur un motif de nécessité, elle a un fondement rationnel, moral. Ainsi les formes des articles 1325 et 1326 ont été établies comme garantie contre la mauvaise foi et contre la fraude; or, les étrangers sont tout aussi intéressés que les indigènes à se procurer une preuve littérale qui soit à l'abri de la chicane et du dol; donc l'acte doit être rédigé dans les formes légales, selon le lieu où il est dressé.

Ce qui est vrai des étrangers en France est vrai aussi des Français à l'étranger. D'excellents auteurs veulent cependant que les Français soient tenus de rédiger leurs actes sous seing privé, en pays étranger, dans les formes

prescrites par les articles 1325 et 1326. Ducaurroy, Bonnier et Roustain (1) ne donnent d'autre raison que celle à laquelle je viens de répondre : c'est que les Français font eux-mêmes leurs actes sans le ministère d'un officier public. M. Demolombe confond toutes choses; je suis obligé de m'y arrêter, parce que la confusion n'est que trop commune dans cette matière que la doctrine obscurcit parfois au lieu de l'éclaircir. En France, dit M. Demolombe, la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut avoir lieu que par acte authentique (art. 334); la donation (art. 931) et les contrats de mariage doivent aussi être rédigés devant notaire (art. 1394). Supposons un pays dans lequel ces divers actes puissent être faits sous seing privé; le Français qui se trouve dans ce pays pourra-t-il valablement, par acte sous seing privé, reconnaître un enfant naturel, faire une donation entre-vifs ou un contrat de mariage? C'est mal poser la question, à mon avis. Les actes que M. Demolombe cite sont des actes *solennels*, et la *solennité*, dans ces cas, n'est pas une question de forme, c'est une condition qui tient à la substance du fait juridique, comme je le dirai plus loin. La maxime *Locus regit actum* a pour objet des formes extrinsèques, prescrites pour la validité de l'instrument qui est dressé uniquement pour servir de preuve d'un fait juridique, elle doit donc être écartée quand il s'agit des formes d'un acte solennel. Donc il faut décider et sans hésiter que le Français ne peut, en pays étranger, faire une reconnaissance d'enfant, une donation, un contrat de mariage, que dans la forme authentique; mais en ce qui concerne l'authenticité, il devra se conformer à la loi du lieu où l'acte sera reçu. M. Demolombe commence par exposer les raisons que l'on peut alléguer en faveur de l'opinion contraire, et ici encore il confond, en voyant une formalité *habilitante* et *personnelle* dans l'acte authentique que la loi prescrit pour la reconnaissance de l'enfant naturel, ce qui suppose une *incapacité;* or pour que l'on puisse discuter la question de

(1) *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, p. 15 et suiv. Comparez Duvincourt, qui prévoit un cas spécial sur lequel je reviendrai (*Cours de code civil*, t. I, p. 38, édition de Bruxelles).

forme, il faut avant tout que le fait juridique soit émané d'une personne capable, car si elle est incapable, la reconnaissance est nulle, et la forme authentique ne la validerait point. M. Demolombe dit ensuite que la règle *Locus regit actum* est applicable même aux actes sous seing privé. C'est aussi mon principe, mais M. Demolombe l'applique à des actes solennels, auxquels il ne reçoit pas d'application, et arrive ainsi à cette étrange conséquence que l'acte sous seing privé admis par une loi étrangère équivaut à l'acte authentique exigé par le code Napoléon. Il va jusqu'à dire que la bonne foi, l'honnêteté publique, exigent que l'on valide les actes solennels dont il parle, quoique faits à l'étranger, sous seing privé. Comme si la solennité, dans les actes solennels, était une question de bonne foi! M. Demolombe finit par dire que la règle *Locus regit actum* n'étant écrite nulle part, ayant au contraire été retranchée du projet de code civil, il appartient au juge de l'appliquer avec discernement, suivant l'intérêt bien compris des relations sociales (1). Si les tribunaux ont plein pouvoir de décider ce qu'ils veulent, à quoi bon discuter les questions de droit? Il n'y en a plus, il ne reste plus que l'arbitraire du magistrat, exercé dans un esprit d'équité, je le veux bien; mais je demanderai si c'est pour consacrer l'arbitraire du juge que le législateur français a mis fin à l'équité des parlements!

J'ai dit que M. Demolombe pose mal la question. Il s'agit de savoir si les actes sous seing privé, dressés à l'étranger, doivent être rédigés d'après la loi locale pour être valables. Cela suppose que la nature du fait juridique permet de le constater par un écrit sous seing privé. Telles sont les conventions auxquelles s'appliquent les articles 1325 et 1326; les parties sont libres de dresser un écrit ou de n'en pas dresser, elles sont libres de faire un acte authentique ou un acte sous seing privé. C'est dans ces circonstances que naît la question de savoir si l'acte sous seing privé reçu à l'étranger doit être fait d'après la loi étrangère; si, par exemple, les Français peuvent

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 117, n° 106.

dresser un écrit sous seing privé sans observer les formes prescrites par les articles 1325 et 1326. Ainsi posée, la question ne me paraît pas douteuse. Pourquoi les contractants seraient-ils tenus de remplir à l'étranger des formes qui ont leur raison d'être en France, puisque le législateur français les a établies, et qui n'ont point de raison d'être à l'étranger, puisque, on le suppose, la loi locale les ignore? Si elle prescrit d'autres formes, c'est que le législateur les a jugées nécessaires pour garantir la sincérité des actes; il importe donc que les étrangers les observent. Autre est la question de savoir si les Français peuvent à l'étranger faire des actes dans les formes de la loi française. J'y reviendrai.

La jurisprudence est aussi confuse que la doctrine. Je laisse de côté, pour le moment, les actes solennels, pour y revenir plus loin. Il a été jugé, conformément aux principes que j'ai établis, que la lettre de change créée à Londres est valable si elle est conforme à la loi anglaise, et que celui qui l'a acceptée peut être obligé de la payer en France, quoique, d'après la loi française, il manque une condition pour sa validité, la remise de place en place (1). Même décision pour l'endossement en blanc, ce mode de transmission étant autorisé par la loi anglaise, la lettre de change est valable, quand la validité doit être jugée par la loi anglaise (2); l'endossement est une forme de l'acte, et soumis, par conséquent, à la règle *Locus regit actum* (3). La cour de cassation de France s'est prononcée dans le même sens. Le pourvoi demandait la nullité d'un billet à ordre souscrit en Angleterre : 1° parce qu'il n'énonçait pas le nom de celui au profit de qui il était souscrit; 2° parce qu'il ne portait pas le *bon* ou l'*approuvé* exigé quand l'écrit n'est pas de la main du souscripteur; 3° parce que la valeur fournie n'était pas suffisamment exprimée.

(1) Paris, 7 février 1839.
(2) Paris, 12 avril 1850 (Sirey, 2e partie, page 333).
Dans l'espèce, la lettre avait été tirée de Bruxelles sur Londres; la cour a décidé, ce qui est douteux, que la validité de la lettre devait être jugée d'après la loi anglaise, parce qu'elle était payable en Angleterre.
(3) Rouen, 1er décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 122). Paris, 20 novembre 1854 (Dalloz, 1857, 2, 106).

La cour rejeta le pourvoi par le motif que la régularité d'une promesse ou d'un effet de commerce se détermine par la loi du pays ou il a été souscrit ; l'arrêt établit ensuite que le billet était rédigé conformément à la loi anglaise (1).

239. L'acte fait dans les formes du lieu ou il a été dressé est valable partout, notamment dans le pays auquel appartiennent les parties, quelle que soit leur nationalité. Cette règle reçoit-elle exception quand un indigène va à l'étranger pour y passer un acte dans d'autres formes que celles de sa loi nationale ? La plupart des auteurs enseignent que l'acte fait en fraude de la loi nationale ne fera pas foi. Si l'on permet aux parties intéressées de dresser leurs actes à l'étranger dans les formes légales, c'est par nécessité, parce que les contractants se trouvent en pays étranger, et qu'ils doivent y dresser un acte ; c'est donc aller contre le vœu de la loi que de se soustraire à ses prescriptions en allant à l'étranger pour y passer des actes. Il est de principe que tout ce qui se fait en fraude de la loi est nul. Le législateur ne peut accorder aucun effet à des actes qui méprisent et ruinent son autorité (2). Ainsi l'écrit qui serait dressé en France par des Belges, en fraude de la loi belge, sera considéré comme inexistant, et partant il ne fera aucune foi en Belgique.

On objecte qu'il n'y a point de fraude à faire ce que la loi permet; celui qui use de son droit ne commet pas de fraude. Tout acte dressé n'importe où, dans les formes locales, fait foi ; qu'importe donc que les parties intéressées aient écrit leur acte dans tel pays ou dans tel autre (3) ? Il me semble que l'objection ne tient pas compte de la nature des formes instrumentaires, et du fondement rationnel sur lequel repose la maxime *Locus regit actum*. Les formes ne sont pas chose arbitraire : le législateur le

(1) Rejet, 18 août 1856 (Dalloz, 1857, 1, 39).

(2) Story, *Conflict of laws*, p. 300, § 261, de la 4e édition. Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 178, n° 82, et les auteurs qu'ils citent. Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 299.

(3) Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 284. Asser, *Schets van het internationaal privaat regt*, p. 43. Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 35, p. 123.

prescrit par des considérations d'intérêt général, à raison de l'état intellectuel et moral du pays. Dans l'esprit de la loi, les Belges qui se trouvent en Belgique devraient suivre les lois belges. S'ils vont ailleurs, c'est pour échapper à des formes que le législateur a crues les meilleures pour assurer la libre expression de leur volonté; en ce sens il y a fraude. Tout acte sous seing privé doit être signé; sans signature, il n'y a point d'acte; on ne permet pas aux contractants d'apposer une croix, en faisant attester l'apposition de la croix par un témoin; ce ne serait pas là un acte, et il n'en résulterait pas une preuve littérale. Dira-t-on que des Belges pourront aller à l'étranger, ou, à raison de l'ignorance universelle, on se contente d'une croix, et que l'écrit revêtu d'une croix, d'après la loi loi locale, sera reçu comme preuve littérale par nos tribunaux? Il y aurait là une fraude à la loi. Je ne crois pas même que des Belges qui se trouveraient à l'étranger sans fraude aucune pourraient dresser un acte revêtu d'une croix en guise de signature : nos tribunaux ne reconnaîtraient pas ce prétendu acte, parce qu'il n'y a point d'acte sans signature, et les conditions requises pour l'existence d'un acte, comme de tout fait juridique, dépendent de la loi nationale, et non de la loi du lieu où le fait se passe. Les articles 1325 et 1326 du code Napoléon exigent des formes spéciales pour certains écrits sous seing privé, dans le but d'empêcher la mauvaise foi; ce serait agir en fraude de ces dispositions que d'aller passer les actes dans un pays dont la loi se contenterait de la simple signature ou d'un seul original ou qui ne prescrirait pas la mention des doubles, ni d'un *bon* ou *approuvé*. Donc il y aurait lieu d'appliquer le principe que la fraude vicie tout.

N° 2. DES ACTES ET DES CONTRATS SOLENNELS.

240. J'entends par *actes* des faits juridiques qui ne sont point des conventions. Le plus fréquent de ces actes est le testament. Comme le code Napoléon place au titre des *Donations* les dispositions concernant la forme des

testaments faits à l'étranger, je suivrai le même ordre en ce qui concerne les difficultés auxquelles la solennité donne lieu. Il y a aussi un acte solennel entre-vifs, qui n'est pas une convention, c'est la reconnaissance de l'enfant naturel (art. 334). Quant à la question de principe que j'examine pour le moment, il n'y a aucune différence entre les *actes* solennels et les *contrats* solennels.

Avant d'entrer en matière, je dois faire quelques observations préliminaires qui faciliteront la décision des questions difficiles que j'aborde. Qu'est-ce qu'un contrat ou un acte solennel ? Le code admet trois *contrats* solennels, la donation, le contrat de mariage et l'hypotheque et les deux *actes* solennels que je viens de mentionner. Je laisse les *actes* de côté, pour les motifs que je viens de dire : cela simplifiera les explications. Quand on dit qu'un contrat est solennel, cela signifie que la forme est requise pour l'existence de la convention ; de sorte que si elle est nulle en la forme, elle est inexistante, ou, comme le dit l'article 1339 combiné avec l'article 1131, la convention ne produit aucun effet. Le code consacre cette doctrine pour les donations ; elle est controversée pour le contrat de mariage et pour l'hypothèque. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ce débat. Je dois supposer qu'il y a des contrats et des actes solennels, sinon la question que j'examine n'aurait pas de sens. Quant aux difficultés que la matière présente dans le droit français, je renvoie à mes *Principes de droit civil* (1).

Il y a lieu d'abord d'examiner si la solennité, qui est l'une des conditions requises pour l'existence de la convention dans les contrats solennels, doit être prise en considération pour l'application de la maxime *Locus regit actum*. Dans la législation belge, l'affirmative n'est point douteuse. Notre loi hypothécaire a décidé la question en ce sens. L'article 42 dispose que l'hypothèque *n'a lieu que* dans les cas et suivant les *formes* autorisés par la loi.

(1) Pour ne pas multiplier les citations, je renvoie à la Table des matières, t. XXXIII, p. 21, au mot *Actes inexistants*, et p. 24, au mot *Actes solennels* (où il faut ajouter, la reconnaissance d'un enfant naturel, IV, 49, 58-71.

Donc, sans ces formes, il n'y a point d'hypothèque. L'article 44 applique ce principe à l'hypothèque conventionnelle : « Elle *dépend*, dit la loi, des conventions et de la *forme extérieure des actes* et *des contrats.* » C'est dire que l'*existence* de l'hypothèque est attachée à la *forme extérieure* de l'acte qui la constate. Quelle est cette forme? L'article 76 répond dans des termes irritants : « L'hypothèque conventionnelle *ne peut* être consentie *que* par acte authentique. » Il suit de là que le *consentement*, en matière d'*hypothèque*, ne peut être donné *que dans la forme authentique*, donc sans l'authenticité, il n'y a point de consentement et sans le consentement il ne saurait y avoir d'hypothèque conventionnelle. Partant, l'*authenticité* est une *solennité* requise pour l'*existence* de l'hypothèque (1).

Quelles sont les formes qui constituent l'authenticité? Les formes varient d'après le lieu où l'acte est reçu. En Belgique, il faut un acte notarié. Si l'hypothèque est consentie à l'étranger, il faut que l'acte réunisse toutes les conditions nécessaires pour son authenticité dans le pays où il a été reçu. (Loi hypothécaire belge, art. 77.)

Ainsi il y a deux ordres d'idées à distinguer en matière d'actes solennels. D'abord la *solennité* qui est de la *substance* de la convention ; cette solennité est réglée, en matière d'hypothèque, par la loi du lieu où les biens sont situés. Il est vrai qu'il s'agit d'une convention, et les conventions sont réglées, en principe, par la volonté des parties contractantes (n° 212). Mais cette règle reçoit exception quand l'intérêt public est en cause ; or, les dispositions des articles 42, 44 et 46 de notre loi hypothécaire, que je viens de citer, sont fondées sur un intérêt social, donc elles forment un statut réel. C'est l'application du principe que j'ai posé en traitant des lois qui intéressent les droits de la société (n° 188). En second lieu, il faut que la solennité requise par la loi territoriale soit remplie conformément à la loi du lieu où l'acte est passé. Ici ce n'est plus le statut du lieu de la situation des biens que l'on doit

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXX, n°s 423, 428-430.

suivre; il s'agit uniquement de déterminer les formes qui constituent l'authenticité, et ces formes dépendent de la loi locale. Cette distinction est fondamentale.

241. La distinction faite par la loi hypothécaire belge s'applique à tous les contrats solennels. C'est toujours la loi du lieu qui détermine la forme de l'authenticité, lorsque le contrat solennel doit être reçu dans la forme authentique. Quant à la nature de la solennité, elle dépend de la loi qui règle les conditions requises pour l'existence des contrats solennels. S'il s'agit de la transmission de la propriété ou d'un droit réel, c'est la loi de la situation qui règle ces conditions, puisqu'elles sont requises dans un intérêt général; donc la loi est territoriale. Il en est ainsi de l'hypothèque; le régime hypothécaire est organisé de manière à assurer aux propriétaires le crédit qu'ils peuvent avoir à raison des immeubles qu'ils possèdent; il tend donc à développer la richesse privée et publique; or, la richesse est un élément de civilisation et de progrès, ce qui est le plus grand des intérêts sociaux. Pour la donation, il y a d'autres motifs, également d'intérêt général, qui ont engagé le législateur à prescrire des formes sévères. Les donations dépouillent les familles; quand la libéralité est faite dans un esprit de bienfaisance, le donateur est dans son droit, pourvu qu'il ne dépasse pas le disponible; mais il y a un écueil et un danger, c'est la séduction, la captation qui assiégent le donateur et qui lui arrachent des libéralités, aux dépens de la famille, trop souvent au profit de congrégations religieuses incapables de recevoir. Il faut des garanties pour la société, il en faut pour les individus. Le législateur doit donc intervenir, dans un intérêt social, c'est dire que les droits de la société sont en cause; et, partant, le statut est réel, comme je l'ai établi en traitant des lois qui intéressent la société (1).

Reste le contrat de mariage. L'article 1394 du code Napoléon porte : « Toutes conventions matrimoniales *seront rédigées* avant le mariage *par acte devant notaire*. » Il résulte

(1) Voyez plus haut, n°s 185 et suivants.

de là que le contrat de mariage est un acte solennel ; par suite l'authenticité est de la substance du contrat. Les Belges qui se marient à l'étranger doivent dresser un acte authentique de leurs conventions. Cet acte doit être dressé dans les formes prescrites, par la loi du lieu où l'acte est reçu, pour les actes authentiques. Sinon le contrat de mariage sera nul en la forme et ne produira aucun effet : de sorte que les époux seront mariés sans contrat, c'est-à-dire sous le régime de la communauté, quand même ils auraient stipulé un régime tout différent. Il y a cette différence entre le contrat de mariage et les autres contrats solennels, c'est que la solennité ne dépend pas de la loi du lieu où les biens sont situés, elle dépend de la loi personnelle ou nationale des futurs époux, et s'ils sont de nationalité différente, de la loi du mari, puisque la femme en se mariant acquiert la nationalité du mari ; tandis que la solennité des hypothèques et des donations dépend de la loi de la situation des biens. Quelle est la raison de cette différence ? C'est l'intérêt social, qui est décisif. Or, en matière d'hypothèques et de donations, cet intérêt est territorial, donc le statut de la solennité est aussi territorial. En matière de conventions matrimoniales, au contraire, l'intérêt est personnel et partant national. Pourquoi le législateur a-t-il fait du contrat de mariage un acte solennel ? C'est à raison de l'importance de ce contrat, qui forme un pacte entre deux familles et régit les époux pendant toute leur vie, ainsi que les tiers qui contractent avec eux ; or, les clauses de ce contrat sont d'une difficulté telle, que les jurisconsultes sont parfois embarrassés pour en déterminer la nature et les effets ; il fallait donc y faire intervenir un homme de loi, qui pût éclairer les futurs époux et leurs familles sur le sens et la portée des conventions qu'ils se proposent de faire. Ces considérations n'ont rien de commun avec le territoire, elles sont toutes personnelles, donc le statut est personnel, c'est-à-dire national. Les époux peuvent avoir des biens situés dans divers pays ; si leurs conventions étaient régies par la loi territoriale, il y aurait autant de régimes différents que de

lois différentes, ce qui serait absurde; il faut donc une loi, un statut, et c'est naturellement le statut personnel des époux qui est applicable.

212. La loi hypothécaire belge contient encore une disposition sur les actes solennels reçus à l'étranger : elle veut que les actes authentiques qui constituent une hypothèque en pays étranger soient visés par le président du tribunal de la situation des biens (art. 77). C'est un complément de l'authenticité. Quand les actes sont passés en Belgique, la signature du notaire suffit pour imprimer l'authenticité aux actes qu'il reçoit. Les actes dressés à l'étranger n'offrent pas cette garantie. Il faut, pour qu'ils soient authentiques en Belgique, une formalité constatant qu'ils ont été rédigés dans les formes requises par la loi locale. Le président est chargé de vérifier ce fait; il donnera ou refusera son visa, après avoir consulté la législation étrangère. Sa décision est sujette à appel.

Cette formalité devrait être généralisée et déclarée applicable à tous les actes solennels et même à toute espèce d'actes reçus à l'étranger, si la partie intéressée veut s'en servir en Belgique. S'agit-il d'un acte qui doit être transcrit ou inscrit d'après notre loi hypothécaire, il faut avant tout que l'authenticité en soit constatée; il y a donc lieu d'appliquer par analogie l'article 77. Au point de vue de la législation positive, il y a quelque doute (1); toujours est-il qu'il y a identité de motifs et que la disposition de l'article 77 est générale de sa nature. Alors même que l'acte ne serait pas soumis à la publicité, les parties qui y figurent ont toujours intérêt à s'assurer le bénéfice de la foi qui y est attachée; or, pour que l'acte dressé à l'étranger ait force probante en Belgique, il doit être reçu dans les formes locales; il faut donc que le fait soit constaté, sans distinguer si l'acte est authentique ou sous seing privé.

Le visa constate seulement si l'acte a été dressé dans les formes requises pour son authenticité dans le pays où il a été reçu. L'acte visé a force probante, selon qu'il est

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXIX, p. 153, n° 133.

authentique ou sous seing privé : le premier fait foi par lui-même, le second quand il a été reconnu ou vérifié en justice. Mais le visa ne rend pas l'acte exécutoire; il faut, pour qu'il soit exécutoire, que l'on observe les formes prescrites par le code de procédure (1).

243. La doctrine que je viens d'exposer, en m'appuyant sur la loi hypothécaire belge, est loin d'être généralement admise. Je dois d'abord écarter une fin de non-recevoir que l'on y oppose. On prétend que la distinction entre les formes prescrites pour la *preuve* et les formes exigées pour la *solennité* ou l'*existence* du fait juridique, n'a aucun intérêt pour le droit international privé (2). Il y a dans cette objection un malentendu ou une confusion d'idées. Les contrats solennels sont soumis à deux principes. D'abord la solennité est une *condition* de l'existence du contrat; tandis que, dans les contrats non solennels, les formes de l'acte ne concernent que la *preuve*. Si l'on nie ce principe, alors il est certain que la *solennité* n'a aucune influence dans le droit civil international. Mais il est difficile de le nier pour les donations, puisqu'il est inscrit dans l'article 1339 du code civil; quant aux hypothèques, la loi hypothécaire belge est formelle, et elle n'a fait que développer le principe consacré par le code Napoléon. Si l'on admet la solennité comme une *condition de l'existence* de l'acte solennel, il en résulte une conséquence très importante pour le droit international privé; c'est qu'on n'applique pas à cette *condition* la maxime *Locus regit actum*, on applique la loi territoriale quand il s'agit des donations et des hypothèques, et la loi personnelle ou nationale quand il s'agit du contrat de mariage (n° 241). Il y a un second principe en cette matière; si la solennité prescrite est celle de l'authenticité, l'acte devra être reçu à l'étranger dans la forme authentique, sinon la convention ne produira aucun effet, elle sera inexistante; quant aux formes de l'authenticité, on observera la loi du lieu où l'acte a été passé.

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXX, n° 456, p. 427.
(2) Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, p. 42.

Les auteurs qui ont écrit sur le droit international privé n'examinent pas la question. Cela tient sans doute à ce que la théorie des actes inexistants n'est pas formulée dans les textes, et il reste toujours quelque incertitude dans la doctrine et la jurisprudence. J'ai sous les yeux une dissertation inaugurale sur la règle *Locus regit actum*, par Hartogh (1838); c'est un travail sérieux et très bien fait, mais l'auteur ne touche pas la question des actes solennels; il se contente de citer un arrêt qui a déclaré valable une donation faite par acte de mariage, dressé en Angleterre, sous seing privé, conformement aux lois anglaises (1). Les écrivains français, ceux-là mêmes qui enseignent la théorie des actes inexistants, n'en tiennent aucun compte dans notre débat. Duranton décide par d'assez mauvaises raisons que les actes pour lesquels le code Napoléon prescrit l'authenticité, tels que la reconnaissance d'un enfant naturel, la donation, le contrat de mariage, ne pourraient être faits valablement en pays étranger que dans la forme authentique, lors même que la loi étrangère n'exigerait pas cette solennité (2). Aubry et Rau combattent cette opinion par des motifs de fait plutôt que par des raisons de droit. D'abord il n'existe pas dans tout pays des officiers publics chargés de recevoir les actes auxquels les parties veulent ou doivent donner le caractère d'authenticité; il se pourrait même que les officiers publics refusassent leur ministère aux étrangers. Le législateur belge ne s'est pas arrêté devant cet inconvénient, et il a bien fait; le conflit des lois diverses donne toujours lieu à des inconvénients, cela ne doit pas empêcher le législateur de chaque pays d'établir les principes qu'il trouve justes, et l'interprète a encore moins le droit de s'en prévaloir, pour se dispenser d'appliquer la loi, sauf aux divers Etats à faire des conventions pour faciliter les relations internationales. Les éditeurs de Zachariæ ajoutent, en ce qui concerne les actes passés entre un Français et un étranger, qu'il

(1) Hartogh, *Disputatio juridica inauguralis de regula juris* Locus regit actum, p. 147, § IV.
(2) Duranton, *Cours de code civil*, t. I, p. 56 de la nouvelle édition.

it contraire à la bonne foi de les annuler, par seul qu'ils n'auraient pas été faits dans la forme crite par la loi française, loi dont l'étranger n'était tenu de connaître les dispositions (1). Si la bonne suffit pour écarter l'application des lois étrangères lui qui ne les connaît point, que deviendra la théorie lois personnelles? L'étranger les invoque en France, Français ne sont pas tenus de les connaître; cela t-il pour que le juge refuse de les appliquer? Cette rine aboutit à l'intérêt français et l'intérêt n'est pas principe. Il y a d'autres manières de sauvegarder les rêts, en laissant les principes intacts. J'ai fait des positions en ce sens, dans le cours de ces Etudes; que en fasse d'autres et de meilleures, mais sans subordner le droit à l'intérêt, sinon il n'y a plus de droit.

y a des auteurs qui confondent toutes choses; je ren- à la critique que j'ai faite d'une opinion de M. Demobe (nº 238). La mauvaise expression de *formes intrinses* a induit en erreur un écrivain très judicieux. sse qualifie de *formalités intrinsèques* celles qui nent à l'*objet du contrat*, et il décide qu'elles ne sont régies par la loi du lieu ou le contrat est passé. Il lique ensuite cette règle à la constitution d'hypoque, à la disponibilité des biens et à la transmission a propriété. C'est mêler et confondre des actes et des ières de la nature la plus diverse. L'authenticité de pothèque n'est pas une *formalité intrinsèque*, puislle consiste en formes extrinsèques, mais ces formes *solennelles*, et la *solennité* doit être observée à anger, aussi bien qu'en France. La disponibilité n'a lument rien de commun avec les formes, ni avec age *Locus regit actum*. Quant à la transmission de la riété, si Massé fait allusion à la transcription, cette nalité est également étrangère à la maxime (2). On que l'inexactitude du langage conduit nécessairement s idées inexactes.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, p. 109, note 71 de la tion.
Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 466 et suiv., nº 567 de la 2e édition.

244. La jurisprudence française est décidément contraire à la doctrine que j'ai enseignée, qui est celle de la loi hypothécaire belge. Quand on se borne à citer les arrêts l'autorité paraît accablante ; mais tant valent les motifs tant vaut l'arrêt. Or, quand on s'enquiert des raisons sur lesquelles se fonde la jurisprudence, on est étonné de ne rien trouver que des affirmations. Le 29 juin 1800, un contrat de mariage est passé sous seing privé à Munich, entre deux Français émigrés, l'oncle de la future lui fait donation de quatre mille francs. Le contrat de mariage et la donation sont deux contrats solennels, soumis l'un et l'autre à l'autre à l'authenticité, comme condition de leur existence. Cette condition est-elle une forme instrumentaire, dans le sens de l'adage *Locus regit actum?* La cour de Paris jugea que la donation était valable. Et les motifs? « Considérant que l'acte consenti à Munich, en 1800, et contenant des conditions civiles de mariage, a été rédigé dans les formes légales du pays (1). » Cela revient à dire : la maxime est applicable parce qu'elle est applicable, la cour ne paraît pas se douter qu'il y a là une difficulté.

Même décision de la cour de cassation. Il suffit, dit-elle pour qu'un contrat de mariage fait à l'étranger soit valable qu'il ait été reçu par un officier public compétent, et qu'il réunisse les conditions exigées pour sa validité dans le pays où il a été passé. La cour d'appel, en décidant, d'après cette preuve fournie dans l'espèce, que le contrat de mariage était valable, a fait une juste application de la règle *Locus regit actum* (2). Ce qui veut dire que la règle est applicable, dès que les formes locales ont été observées. La cour de cassation ne dit pas un mot de la difficulté concernant les actes solennels. Il y aurait cent arrêts, ainsi motivés, c'est-à-dire, non motivés, qu'ils n'auraient pas la moindre autorité. On ne peut pas même dire que la question a été décidée, puisqu'elle n'est pas prévue ni posée dans les arrêts

(1) Paris, 22 novembre 1828 (Sirey, t. XXIX, 2e partie, p. 77).
(2) Rejet, 12 juin 1855 (Dalloz, 1855, 1, 389). Dans le même sens, Rejet, 18 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1, 342).

N° 3 LA RÈGLE « LOCUS REGIT ACTUM » EST-ELLE OBLIGATOIRE OU FACULTATIVE?

243. La question est controversée. Je commence par constater la tradition française, en ce qui concerne les actes authentiques. On demande si un acte authentique doit être reçu, à l'étranger, dans les formes prescrites par la loi locale? C'est à peine si la question peut être posée, car l'affirmative est d'évidence. Le président Bouhier en fait la remarque : « La forme des actes est attachée, non à la personne de celui qui les passe, mais à celle de l'officier qui est chargé de les rédiger; car c'est lui qui est le maître de la forme, c'est à lui que les parties sont obligées de s'en rapporter; c'est lui qui est responsable de cette forme, s'il arrive qu'il fasse à cet égard quelque faute essentielle contre son devoir. C'est de l'autorité qui lui a été confiée par les magistrats du lieu où il est établi, que dépend la foi que l'on donne à ses actes. C'est donc uniquement par rapport à lui qu'on doit décider de leur forme. » Dans l'ancien droit, une grande partie de la juridiction volontaire était attribuée aux tribunaux. Bouhier ajoute que ce qu'il vient de dire des notaires ou autres officiers préposés pour recevoir les actes et les contrats doit être également entendu des officiers de justice (1). Or, tous officiers publics sont obligés de suivre la loi qui les établit et qui prend soin, comme la loi du 25 ventôse an XI, de régler, jusque dans les moindres détails, les formes que les fonctionnaires doivent observer sous peine de nullité. Le législateur le fait à raison de l'état intellectuel et moral du pays. Il faut donc dire qu'en cette matière tout est de rigueur et d'ordre public; rien n'est abandonné à la prudence des parties.

La maxime *Locus regit actum* est-elle aussi obligatoire pour ceux qui font un acte sous seing privé? Il va sans dire que les indigènes doivent observer les formes que la loi de leur pays prescrit, quand l'acte est dressé dans le

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. 23, nos 87 et 88 et ch. 28, no 14 (Œuvres, t. I, p. 660 et 766).

territoire de leur patrie. La loi n'abandonne pas les formes des actes aux conventions ou à la volonté des parties intéressées ; elle les règle d'après des considérations d'intérêt général, ce qui exclut l'autonomie des particuliers. Cela est vrai des étrangers comme des nationaux ; ils ne peuvent pas, en cette matière, invoquer leur statut personnel, parce que le statut personnel ou national n'a rien de commun avec la forme des actes ; tout dépend ici des circonstances locales, comme je l'ai dit en m'appuyant de l'autorité de Merlin (n° 236). La forme des actes ne dépendant ni de la volonté des parties ni de leur statut personnel, la conséquence est qu'il faut appliquer la loi locale. Tel est l'avis de Merlin (1) : « Ce n'est point par un simple motif de convenance qu'on a donné, par rapport à la forme probante des actes, la préférence à la loi du lieu où ils sont passés, sur toutes les autres ; c'est la loi du lieu qui leur donne la vie ; c'est elle, par conséquent, qui les doit affecter, les modifier, en régler la forme. » Merlin cite les paroles de Paul de Castres ; il aurait pu invoquer une autorité plus grande, celle de Charles Dumoulin ; je transcris ce qu'il dit dans son Conseil 43 : « Est omnium doctorum sententia ubicumque consuetudo vel statutum locale disponit de solemnitate vel formâ actûs, *ligari* etiam *exteros* ibi *actum illum gerentes*. »

246. L'opinion contraire est plus généralement suivie (2). On dit que la règle *Locus regit actum* a été introduite dans l'intérêt des relations civiles et commerciales, donc en faveur des particuliers qui sont dans le cas de passer des actes en pays étranger : or, il est de principe que les particuliers peuvent renoncer à ce qui est établi dans leur intérêt. A l'appui de cette objection, on peut invoquer l'autorité de Portalis. « De nos jours, dit-il, les hommes ne sont pas toujours dans le même lieu. Les communications commerciales et industrielles entre les peuples sont multipliées et rapides ; il nous a paru nécessaire

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Preuve*, Sect. II, § III, art. 1, n° 1 (t. XXIV, p. 430 de l'édition de Bruxelles).
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 180, n° 83, de la 4e édition. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, § 381, p. 358.

à rassurer le commerce, en lui garantissant la validité des actes dans lesquels on s'était conformé aux formes reçues dans les pays où ces actes pouvaient avoir été faits et passés (1)! » C'est une question d'utilité, mais l'utilité, dit-on, n'impose pas d'obligation (2). Il est certain que l'utilité joue un rôle dans la règle qui détermine les formes, d'après les lois du lieu où l'acte a été dressé; c'est parce qu'elle répond à un besoin du commerce qu'elle a été adoptée dans tous les pays. Mais de ce que la maxime est utile, on ne peut pas conclure qu'elle soit facultative. Il n'y a de facultatives, en droit civil, que les règles qui dépendent de la volonté des parties, parce que le législateur, en les établissant, ne fait que prévoir l'intention des contractants, sauf à eux à manifester une volonté contraire. En est-il ainsi des principes qui régissent les formes? La question n'a point de sens, puisque les formes ne sont pas établies d'après l'intention présumée des parties, le législateur, au contraire, les leur impose : cela est certain pour les nationaux et par conséquent pour les étrangers, puisque le statut personnel n'a rien de commun avec les formes.

Même en se plaçant sur le terrain de l'utilité, on doit considérer les formes comme obligatoires. Déclarer la forme de l'acte facultative, c'est s'en rapporter à la volonté des parties, en ce sens qu'elles peuvent choisir la loi d'après laquelle elles entendent dresser l'acte qu'elles font. Cette option ne se conçoit point quand des nationaux figurent dans un acte : permettrait-on à des Français de faire en France des actes d'après les formes d'une loi étrangère? La question, encore une fois, n'a pas de sens. Tiendra-t-on compte du lieu où l'acte recevra son exécution ou du lieu où il sera produit en justice? Ces distinctions ne seraient pas juridiques. C'est au moment où un acte est dressé que les parties doivent savoir dans quelle forme il doit être rédigé, et dès qu'il est fait dans

(1) Portalis, *Exposé des motifs*, nº 4 (Locré, t. I, p. 235, de l'édition de Bruxelles).

(2) Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 473 et suiv., nº 572, de la 2e édition. Fœlix (t. I, p. 186 et suiv.) donne d'autres raisons encore moins bonnes.

les formes locales, il doit valoir partout, c'est-à-dire, faire foi partout. On s'exprime mal en parlant du lieu où l'*acte* est *exécuté*, du lieu ou l'on en poursuit l'*exécution*, l'*acte* ne sert que de *preuve*, et l'on n'*exécute* pas une preuve, on execute des conventions (1). Non seulement les distinctions que l'on devrait faire sont contraires au principe sur lequel repose la loi qui régit les formes de l'acte, elles seraient encore la source de difficultés inextricables. Pour le prouver, je vais exposer les distinctions et les sous distinctions que Massé est obligé de faire, et qui vont à l'encontre de l'utilité que l'on a en vue (2).

Massé commence par dire que si un étranger contracte en France avec un Français, il doit suivre la loi française. Sans doute : mais le motif? Parce que, quant à ses actes, il devient sujet temporaire de l'Etat où il agit. Si telle était la raison de décider, il faudrait dire que l'étranger n'est jamais tenu de se conformer à la loi locale, car il n'est jamais sujet de l'Etat auquel il n'appartient pas par sa nationalité.

S'il n'y a pas de national en cause, Massé distingue. Un étranger fait un acte unilatéral, ou deux étrangers font un acte bilatéral, et l'acte doit être mis à exécution dans le lieu ou il est dressé. Dans ce cas, la loi locale lie les parties. Le motif de décider est que l'exécution de l'acte doit avoir lieu là ou il est reçu. Je viens de dire que l'on n'*exécute* pas un *acte;* il s'agit uniquement de savoir si l'écrit est valable en la forme, et qu'est-ce que la forme de l'écrit a de commun avec l'exécution de la convention? et notamment avec la question de savoir si la forme locale est obligatoire ou facultative?

Si, au contraire, l'acte doit être mis à exécution dans le pays de l'étranger, celui-ci peut suivre la forme de son pays. Je reviendrai sur cette exception ; Massé la modifie par d'autres exceptions, dans lesquelles il serait trop long d'entrer. Puis il pose cette règle : « L'observation de la maxime *Locus regit actum* est facultative pour les étran-

(1) Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, p. 41-46. Comparez Wächter, *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 406 et suiv.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 471, nos 571 574, de la 2e édition

n ce sens que lorsque les lois de leur pays ne leur rent pas l'emploi d'une forme particulière pour les u'ils font en pays étranger, et qu'il s'agit d'actes ing privé, ils peuvent toujours, quand ces actes ; être mis à exécution dans leur patrie, se référer à , et choisir, suivant leurs convenances, entre elles s du lieu où ils s'obligent. » Massé établit un rapcessaire entre la loi du lieu où se fait l'exécution et e de l'acte : « La loi locale qui assure l'*exécution* e, en règle nécessairement la forme. » S'il en était l n'y aurait plus de choix entre la loi étrangère et ationale, et cependant Massé permet de choisir ; ouve que son point de départ n'est pas exact. Je rai sur la difficulté. La doctrine de Massé se rap-, en ce point, de celle de Savigny concernant les régissent les obligations ; il cite les lois romaines ent que chacun est censé avoir contracté là où il ligé de payer. N'est-ce pas confondre, comme on i souvent dans cette matière, le *contrat* avec l'*écrit* à le prouver ? L'*écrit* est essentiellement local la forme, et cette forme ne dépend pas de la vo-es parties, tandis que la loi qui doit régir les *con-s* est, en principe, entièrement soumise à l'autono-s contractants. Il faut donc laisser de côté toutes es qui concernent les contrats, et considérer exclu-nt l'écrit et les motifs pour lesquels on suit les du lieu où il est dressé. Massé fournit lui-même ment contre son principe : celui qui contracte dans s, bien que l'obligation doive être exécutée en pays r, n'en est pas moins tenu de suivre les lois de sa qui seules l'obligent ; donc le lieu de l'exécution est ent, ce n'est du moins pas le motif de décider.

ive à l'hypothèse la plus difficile, celle où des na-et des étrangers figurent à l'acte. Ici les distinc-sous-distinctions abondent. « D'abord, si l'acte allagmatique, et que l'étranger est valablement en suivant la loi de son pays où la promesse doit écutée, l'autre partie ne pourrait pas objecter, pour enser de remplir son obligation, que l'acte n'est

pas conforme aux lois de sa patrie. » Je dois de nouveau signaler la confusion entre l'*obligation* et l'*écrit* qui la constate. Il s'agit de savoir si l'écrit est valable, quand, dressé en France, il n'est pas conforme à la loi française, l'étranger qui y figure ayant choisi sa loi nationale, parce que l'acte est exécutoire dans son pays. Les deux parties ayant une nationalité différente, n'est-ce pas le cas de s'en tenir à l'adage *Locus regit actum?*

Si le contrat est unilatéral, il y a une nouvelle distinction. Est-ce l'étranger qui a contracté l'obligation, l'acte sera valable, s'il est fait d'après la loi du débiteur. Si c'est le Français qui s'est obligé, l'acte ne sera pas valable, quand même l'exécution serait poursuivie contre lui en pays étranger. Je ne vois pas ce que la nationalité et le lieu de l'exécution ont de commun avec la validité de l'acte. Le contrat, quoique unilatéral, exige le concours de consentement ; il faut donc, en supposant que la forme soit facultative, que les parties s'accordent sur le choix de la loi ; et si elles ne s'accordent pas, ne doit-on pas toujours s'en tenir à la loi du lieu où l'acte est passé?

Il y a une idée juste dans la théorie de Massé, c'est que la loi du lieu où l'acte est passé n'est pas un principe absolu ; seulement il est difficile de préciser la limite où il s'arrête, et plus difficile encore de décider par quelle loi on doit remplacer l'adage traditionnel ; ce ne peut être la loi du lieu où le contrat s'exécute, car cette exception absorberait la règle. Je crois qu'il faut chercher l'exception dans le principe de nationalité. C'est le système du code italien.

247. Quand un écrit sous seing privé est dressé par une seule personne, ou par plusieurs ayant la même nationalité, les parties intéressées peuvent suivre les formes prescrites par leur loi nationale. On le décide ainsi par analogie de l'article 999 du code Napoléon. Un Français qui se trouve en pays étranger peut faire ses dispositions testamentaires par acte sous seing privé, dans les formes établies par l'article 970. Que le Français puisse tester à l'étranger, dans la forme olographe, lorsque la loi locale admet cette forme de testament, cela est d'évidence, c'est

application de la règle *Locus regit actum*. Pour que l'article 999 ait un sens, il faut supposer qu'il dit quelque chose de plus, c'est-à-dire qu'il déroge en un certain sens à l'adage traditionnel. Il se peut que la loi locale défende de tester dans la forme olographe, ou qu'elle ne le permette que sous certaines restrictions; d'après le droit commun, le Français n'aurait pas pu tester dans ces pays en la forme olographe, ou il ne l'aurait pu qu'en se soumettant aux restrictions de la loi étrangère; tandis que, en vertu de l'article 999, il pourra faire un testament olographe d'après la loi française. Quel est le motif de cette disposition? La raison en est que le lieu où le testateur écrit son testament olographe est indifférent, il ne doit pas même l'indiquer; dès lors on conçoit que la loi ne prenne pas en considération la loi du lieu où le testateur écrit ses dispositions; quand l'acte est fait conformément à l'article 970, il est valable en France, quel que soit le lieu où il est dressé.

Le code Napoléon ne s'explique pas sur le point de savoir si un étranger peut faire un testament olographe en France, d'après la loi de son pays, en supposant que les formes de sa loi nationale diffèrent de celles que prescrit la loi française. Mais puisque le code permet au Français de tester à l'étranger d'après la loi française, il faut permettre, par identité de raison, à l'étranger de disposer en France d'après la loi étrangère. C'est le cas d'appliquer le vieil adage qui dit que là où il y a même motif de décider, il doit y avoir même décision (1).

On peut aussi appliquer par analogie l'article 999 aux écrits qui constatent des conventions unilatérales ou bilatérales. Cela n'offre guère de difficulté quand il s'agit de Français qui dressent un écrit à l'étranger. Il y a, dans ce cas, un argument *à fortiori*. En effet, le testament est un acte solennel, les formes y sont substantielles; si le législateur permet aux Français de tester d'après la loi française quand ils se trouvent en pays étranger, à plus

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 158 et suiv., n° 100. Je reviendrai sur cette matière dans la partie spéciale de ces Études.

forte raison doit-il leur permettre de suivre la loi française quand il s'agit simplement de se procurer une preuve littérale de leurs conventions.

Toujours en procédant par voie d'analogie, il faut décider que si des étrangers ayant la même nationalité contractent en France, ils pourront dresser l'acte d'après leur loi nationale. Le motif de décider est le même, le lieu où l'écrit est dressé est indifférent quand l'acte est sous seing privé; il est censé rédigé dans le pays auquel les étrangers appartiennent; dès lors, il doit être valable d'après les lois de ce pays. Mais si les parties n'appartiennent pas à la même nation, on ne se trouve plus dans l'hypothèse de l'exception. Il y a deux lois nationales, dans ce cas; il n'y a pas de raison de se décider en faveur de l'une plutôt qu'en faveur de l'autre; et on ne peut s'en rapporter aux parties contractantes, puisque la forme des actes ne dépend pas de leur volonté (1). Si, dans le cas où elles ont la même nationalité, elles peuvent suivre la loi de leur pays, c'est parce que l'acte est censé fait dans leur pays; or, il ne peut être censé fait dans l'un des deux pays, sans une disposition de la loi, disposition qui serait purement arbitraire. On rentre, par conséquent, sous l'empire de la règle générale.

Il faut encore appliquer l'exception aux faits juridiques qui sont la manifestation d'une volonté unilatérale : telle est la confirmation des conventions nulles. Si un écrit en est dressé, il peut être rédigé dans les formes du lieu où il est passé; c'est le droit commun. Mais la partie qui confirme peut aussi faire l'acte confirmatif d'après les lois de son pays. Cela n'est pas sans importance quand un étranger dresse en France ou en Belgique un acte confirmatif. Le code Napoléon prescrit des formes spéciales pour la validité de l'écrit qui constate la confirmation; l'étranger ne sera pas tenu de les observer s'il préfère suivre sa loi nationale.

248. Faut-il aller plus loin, et permettre à un étranger

(1) La distinction se trouve dans Hertius, qui a écrit un excellent traité *De collisione legum* (IV, 10, dans ses Œuvres, t. I, p. 128).

e suivre les formes de la loi française, dans son pays, quand l'acte est destiné à être produit en France? La Cour de cassation de France l'a jugé ainsi sous l'empire du code Napoléon (1). On peut invoquer à l'appui de cette solution l'argument que je viens de faire valoir. L'acte sous seing privé n'a point de lieu ; donc le juge peut le reconnaître comme valable dès qu'il est conforme à la loi du lieu où il est produit en justice. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il y avait un motif de douter, il s'agissait d'une procuration qui, d'après la loi locale, aurait dû être faite par acte authentique, tandis que, d'après la loi française, un acte sous seing privé suffisait. Cela est contestable, dans le système du code Napoléon. On ne peut plus invoquer l'article 999, puisque celui-ci applique le statut personnel ou national; on dérogerait donc à la loi du lieu, par la seule raison que l'acte est destiné à être produit en France.

Ne faudrait-il pas pour cela une loi ou un traité? C'est mon avis. J'admets la décision de la cour de cassation en théorie. On peut poser en principe que l'acte sous seing privé, ne devant pas indiquer le lieu où il est fait, est valable là où l'on s'en sert s'il est conforme à la loi locale. Les parties pouvant s'en rapporter à leur loi nationale, rien ne les empêche de suivre la loi du pays où l'acte doit être produit.

249. Il se présente encore une autre difficulté. On demande si les parties intéressées peuvent rédiger leurs actes dans la forme olographe, quand leur loi nationale le leur défend, ou ne le permet que sous les conditions qu'elle prescrit. Le cas s'est présenté sous l'empire du code Napoléon. Une Hollandaise avait fait un testament olographe en France, d'après les formes de la loi française. On l'attaqua en se fondant sur le code des Pays-Bas qui porte, article 992 : « Un Néerlandais, en pays étranger, ne pourra faire son testament que par acte authentique, et en observant les formes usitées dans le pays où l'acte sera passé. Néanmoins il pourra aussi disposer par acte de sa

(1) Rejet, 5 juillet 1827 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Loi*, n° 430).

main de la manière prescrite par l'article 982. » Ce dernier article permet le testament olographe, mais seulement pour certaines dispositions. La cour d'Orléans valida le testament, par application de la règle *Locus regit actum*. L'arrêt fut rendu contre les conclusions du ministère public. D'après le code Napoléon, la décision est très contestable. Y a-t-il lieu de suivre la loi locale quand la loi personnelle ou nationale de l'étranger le lui défend? Il est certain que, dans les Pays-Bas, le testament litigieux n'aurait pas été reconnu; pouvait-il être valable en France alors qu'il était nul d'après la loi personnelle du testateur? Le testament est un acte solennel; même le testament olographe, surtout quand la loi ne l'admet que pour certaines dispositions, et veut qu'en règle générale le testament soit authentique; l'authenticité devient alors une condition d'existence du testament, partant il n'y a pas de testament, s'il est fait dans la forme olographe. Ce n'est plus le cas d'appliquer la maxime *Locus regit actum*, car elle suppose que l'acte peut être dressé sous signature privée; or, dans l'espèce, l'acte dressé dans cette forme serait inexistant.

N° 4. — A QUELLES FORMES S'APPLIQUE LA RÈGLE « LOCUS REGIT ACTUM »

250. Le code civil n'a pas de réponse à cette question. Comme il s'agit d'un adage traditionnel, il faut consulter la tradition. Mais la tradition est d'une incertitude extrême en cette matière; elle est plus qu'incertaine, elle est confuse, contradictoire, fausse dans son principe et dans ses distinctions. Boullenois a un chapitre intitulé : *Solennités et formalités des actes* (1). Il commence par dire que les auteurs distinguent communément quatre choses dans les contrats, les choses substantielles, naturelles, accidentelles et les *solennités*. On distingue les solennités en *intrinsèques* et *extrinsèques*. Les *premières* appartiennent à la *preuve* et à l'*authenticité* de l'*acte*; elles font partie de ce qui constitue l'*être* et l'*existence* de l'acte; aussi sont-

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 446, Observation XXIII.

elles appelées par quelques-uns *substantialia contractuum*. Les solennités *extrinsèques* sont seulement requises pour procurer l'exécution de l'acte : telle est l'insinuation des donations, dont l'omission vicie absolument la libéralité : telle est encore, selon plusieurs, l'autorisation maritale, et, selon tout le monde, l'autorité du tuteur. Boullenois critique ce gâchis avec une grande réserve : « S'il m'était permis de m'expliquer, je dirais que ces distinctions ne sont pas exactes. » En effet, elles confondent toutes choses, et avant tout les *actes* avec les *conventions* qu'elles sont destinées à constater, puis les *formes* qui ne servent qu'à la *preuve*, avec les *conditions* qui sont requises pour l'*existence* ou la *validité* du fait juridique; enfin les formes *instrumentaires* avec les formalités *habilitantes*, et avec la *publicité* établie dans l'intérêt des tiers.

Boullenois propose d'autres distinctions. Il part d'un principe très juste, c'est que la chose qui sert à la *preuve* de l'acte n'est pas la chose qui sert à former l'*essence* de l'acte en lui-même; mais quand il applique son principe, il retombe dans la confusion, qui paraît presque fatale en cette matière. Boullenois comprend sous le nom de *formalités* les choses les plus hétérogènes : la *preuve* et l'*authenticité*, comme si la loi de la *forme* ne concernait que les actes *authentiques* : la composition *intérieure* et *viscérale* de l'acte, ce qui s'applique au *fait juridique* et non à l'*écrit* qui sert de preuve : enfin tout ce qui sert à l'exécution de l'acte. Puis il fait une distinction entre la *solennité* et la *formalité;* on croirait qu'il va établir la différence entre les *formalités* requises pour la *preuve* et les *solennités* prescrites pour l'*existence* du fait juridique; du tout : la *solennité* est ce qui sert à la *preuve*, à la *publicité*, à l'*authenticité*, ce qui implique une nouvelle confusion des formes établies dans l'intérêt des *tiers*, et des formes qui constituent la *preuve*. Quant à la *formalité*, elle devrait signifier tout ce qui n'est pas prescrit pour la *publicité* et l'*authenticité*. Puis il qualifie de solennité la présence du subrogé tuteur à l'acte fait par le tuteur; encore une confusion qui étonne dans un *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, car toutes les formalités introduites

dans l'intérêt du mineur ont leur source dans son incapacité, et tendent à garantir ses intérêts ; elles appartiennent par conséquent au statut personnel ; tandis que la règle *Locus regit actum* n'a rien de commun avec la personnalité des statuts. Faut-il s'étonner si cette confusion fit naître des contestations sans fin sur les formalités auxquelles il fallait appliquer la règle traditionnelle *Locus regit actum!* Il faudrait écrire un volume pour combattre les erreurs et pour rétablir la vérité. Je vais dire quels sont, à mon avis, les vrais principes ; quant aux vieilles controverses, j'y reviendrai, en tant qu'elles ont encore un intérêt pratique, dans la partie spéciale de ces Etudes.

251. Il y a des formalités auxquelles ne s'applique pas la règle *Locus regit actum*. Ce sont d'abord les formalités que l'on appelle *habilitantes*. Le législateur les établit à raison de l'incapacité des personnes qui figurent dans un acte juridique. Telle est l'autorisation du mari ou de justice, nécessaire pour qu'une femme mariée puisse contracter ou ester en jugement. Telles sont encore l'autorisation du conseil de famille et, s'il y a lieu, l'homologation du tribunal, requises pour que le tuteur puisse faire certains actes dans l'intérêt de son pupille. Ce ne sont pas là des formes extrinsèques ou instrumentaires, ayant pour objet d'assurer la libre expression du consentement ou de la volonté. Les formes extrinsèques doivent être observées dans tout acte, donc aussi dans les actes où le tuteur figure, ou la femme mariée ; mais outre ces formes, la loi exige des conditions, à titre de garanties, pour sauvegarder les intérêts des incapables : l'autorisation du mari est nécessaire pour couvrir l'incapacité de la femme, et protéger les intérêts de la famille ; et c'est aussi à raison de l'incapacité du mineur et pour sa protection, que la loi prescrit l'intervention du conseil de famille et du tribunal. Il suit de là que les formes dites *habilitantes* tiennent au statut personnel ou national des incapables. C'est au législateur, qui règle l'état et la capacité, qu'il appartient de déterminer les conditions qu'il convient d'exiger pour la validité des actes concernant les incapables. Si une femme française contracte à l'etranger, elle doit être autorisée

d'après la loi française; le défaut d'autorisation rendrait le contrat nul, alors même que l'écrit constatant la convention serait valable en la forme; par contre, si la femme est autorisée, la convention sera valable, bien que l'écrit puisse être nul en la forme; la nullité de l'écrit aura seulement cet effet qu'il n'y aura pas de preuve littérale. C'est une différence essentielle entre les formalités *habilitantes* et les formes *instrumentaires*.

Les anciens légistes avaient donc tort de mettre sur la même ligne les formalités qui ont pour objet d'habiliter les incapables, et les formes que la loi établit pour assurer la libre expression de la volonté des parties interessées. C'était confondre deux ordres de statuts essentiellement différents. Les formalités *habilitantes* sont une dépendance du statut personnel, qui suit l'incapable partout où il traite, quel que soit le lieu où l'acte se passe, et quand même dans ce lieu il n'y aurait pas de conditions requises pour habiliter les incapables, ou qu'il y en aurait d'autres que celles du statut personnel. Il en est tout autrement des formes extrinseques; elles ne dépendent ni du statut personnel ni du statut reel; elles sont déterminées par la loi du pays où l'acte se passe, quel que soit le statut personnel des contractants, et quelle que soit la situation des biens. Ce n'est que par exception, et seulement pour les actes sous seing privé, quand les contractants ont la même nationalité, que l'on prend en considération leur loi personnelle.

232. Il y a encore d'autres formalités auxquelles la règle *Locus regit actum* n'est pas applicable, ce sont les formes de publicité établies dans l'intérêt des tiers et de la société.

La loi hypothécaire belge prescrit la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers; s'ils ne sont pas rendus publics, on ne peut les opposer aux tiers de bonne foi (loi du 16 décembre 1851, art. 1).

La loi veut encore que les baux excédant neuf années, ou contenant quittance anticipative de trois années de loyer, soient transcrits (art. 1).

Les hypothèques et priviléges doivent également être

rendus publics par la voie de l'inscription ou de la transcription (art. 29-34 et 81).

Les cessions de créances privilégiées ou hypothécaires sont soumises à la publicité par la voie de l'inscription, il en est de même de la subrogation à ces créances (art 5).

Les demandes en nullité ou en révocation d'actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers doivent être rendues publiques par la voie de l'inscription, ainsi que les jugements rendus sur ces demandes (loi hyp., art. 3).

Le code Napoléon prescrit aussi une certaine publicité pour des droits mobiliers. Le cessionnaire d'une créance n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation faite par le débiteur dans un acte authentique (art. 1690).

Le privilége des créanciers gagistes ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage (article 2075).

Les priviléges mobiliers ne sont pas soumis à l'inscription. La loi hypothécaire belge fait exception pour les priviléges du prix de vente et des frais de conservation, quand il s'agit de machines et d'appareils employés dans les établissements industriels (art. 20, nos 4 et 5).

La loi belge prescrit encore une certaine publicité des contrats de mariage : l'officier de l'état civil doit constater dans l'acte de célébration du mariage la date des conventions matrimoniales des époux et le nom du notaire qui les a reçues (art. 2).

Les anciens jurisconsultes confondaient les formalités de publicité et celles prescrites pour la validité des actes. C'est une erreur évidente. L'authenticité tient à la forme extrinsèque de l'acte, et dépend, par conséquent, de la loi du lieu où l'acte est dressé ; elle n'a rien de commun, ni avec le statut personnel de l'état et de la capacité, ni avec le statut réel de la situation des biens ; tandis que la publicité est établie dans l'intérêt des tiers, et en termes plus généraux, dans un intérêt social, le crédit public et privé

En ce sens, la loi de publicité forme un statut réel, elle reçoit son application, quels que soient le lieu du contrat ou de l'acte, la nationalité des parties ou la situation des biens.

Si le propriétaire d'un immeuble situé en Belgique le vend à l'étranger, dans un pays où la transcription n'est pas requise, l'acheteur, Belge ou étranger, doit néanmoins transcrire l'acte de vente, conformément à la loi hypothécaire belge. La loi territoriale doit être appliquée, parce que la transcription est requise dans un intérêt public. Si l'acte n'est pas transcrit, l'acquéreur ne sera pas propriétaire en Belgique à l'égard des tiers de bonne foi

Les baux des biens situés en Belgique, quoique consentis en pays étranger, entre étrangers et Belges, doivent être transcrits d'après notre loi hypothécaire, par la même raison.

Les hypothèques et priviléges résultant d'actes passés en pays étrangers sont soumis à la publicité en Belgique quand ils grèvent des immeubles qui y sont situés, sans que l'on prenne en considération la loi du lieu du contrat, ni la loi nationale des parties intéressées.

De plus, les actes doivent être dressés dans la forme authentique, conformément à la loi du pays où ils sont reçus, puis visés en Belgique. Il en est de même de la transcription. Il y a ici concours de formalités d'une nature diverse, formes prescrites dans l'intérêt des tiers, et formes instrumentaires. Dans l'espèce, les formes instrumentaires doivent être observées pour que les priviléges et hypothèques existent, puisqu'il s'agit d'actes solennels. Et les actes doivent être rendus publics dans la forme de la loi territoriale, puisque l'intérêt de la société est en cause. Sans publicité, les priviléges et hypothèques n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. Si une créance hypothécaire ou privilégiée sur des biens situés en Belgique est cédée dans un pays étranger, la cession ne pourra être opposée aux tiers, en Belgique, que si elle a été inscrite conformément à la loi belge. Si la créance n'était pas garantie par un privilége ou une hypothèque, on ne pourrait néanmoins se

prévaloir de la cession en Belgique contre les tiers, que sous la condition de la signification ou de l'acceptation, car cette formalité est prescrite dans l'intérêt des tiers, donc dans un intérêt social.

Les priviléges mobiliers soumis à la publicité doivent être inscrits conformément à la loi belge, quelle que soit la nationalité des parties intéressées, et quel que soit le lieu du contrat. Quant au privilége du créancier gagiste, il faudra la signification ou l'acceptation, si c'est une créance qui a été donnée en gage. Car c'est une espèce de publicité; donc l'intérêt de la société est en cause, ce qui rend le statut réel, en ce sens que les étrangers y sont soumis.

Si des étrangers se marient en Belgique, l'acte de mariage devra contenir la date de leurs conventions matrimoniales et la désignation du notaire; ils ne peuvent pas opposer leur statut personnel, car le statut cède devant le droit de la société.

253. Dans l'opinion générale, on étend ce que je viens de dire des formes de publicité à toutes les conditions requises pour la translation de la propriété, soit immobilière soit mobilière : telle est la tradition, dans les pays régis par le droit romain : telle serait aussi la tradition requise par le code Napoléon pour la constitution d'un gage (art. 2071 et 2076). N'est-ce pas confondre les *formes* avec les *conditions* et les *effets* des *contrats*? La propriété et les droits réels peuvent se transférer, entre parties, sans qu'il y ait un acte constatant la transmission. Tel est, du moins, le droit commun; seulement le droit romain requiert la tradition, tandis que le droit français se contente du concours de consentement. La tradition est donc étrangère à l'acte que les parties dressent; et en ce sens, elle ne tombe pas sous l'application de la règle *Locus regit actum*, telle qu'on l'entend en droit français. Autre est la question de savoir si la tradition forme un statut réel. J'admets l'affirmative avec l'opinion générale; dans mon opinion, le statut est réel quand les droits de société sont en cause (n° 187); or la société est certainement intéressée aux lois qui règlent la transmission de la

propriété, ou la constitution d'un droit réel, tel qu'un gage mobilier; la libre circulation des biens, la sécurité dans les transactions, le crédit public et privé jouent le grand rôle dans cette matière; ce qui est décisif. Mais si je suis d'accord au fond avec Savigny, Bar et les Anglo-Américains, je ne saurais admettre les motifs sur lesquels ils fondent leur solution (1). Il suffit, dit-on, que les actes concernent les droits ou une chose, immobilière ou mobilière, pour qu'ils soient réels, parce que les actes ont une relation si intime avec la chose, qu'on ne peut les concevoir que là où la chose se trouve : telle est la tradition. N'est-ce pas retomber dans le vieux réalisme qui enseignait que le droit se rapporte directement aux choses, que les choses sont l'objet principal que le législateur a en vue, et les personnes l'accessoire? Savigny parle comme Bourgoingne : la volonté de la personne n'est pas l'élément décisif en cette matière, mais bien le rapport dans lequel la personne se trouve avec la chose. Tel n'est pas l'esprit de notre droit français; il place en première ligne la volonté humaine, et c'est pour cela qu'il n'attache plus la translation de la propriété à la tradition (2) (art. 1138). Est-il vrai que la tradition ne puisse se faire que là où l'immeuble est situé? Le code Napoléon dit le contraire : aux termes de l'article 1605, l'obligation de délivrer les immeubles est remplie, de la part du vendeur, lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété (3). La souveraineté aussi s'est spiritualisée; ce n'est plus un pouvoir territorial, qui affecte la glebe, c'est une mission sociale : les droits de la société sont-ils en cause, cela suffit pour que les droits soient réels, il est inutile d'avoir recours à la vieille théorie qui subordonne l'homme aux biens.

254. Il y a encore des formes qui tiennent à la procé-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 354. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 203, § 61. Phillimore, *Private international Law*, t. IV, p. 493.

(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XVI, nos 354-356, p. 416 et suivantes.

(3) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXIV, nos 160-162, p. 162 et suivantes.

dure. Comme ces Etudes n'ont pour objet que le droit civil, je mentionne pour mémoire les principes qui régissent la procédure civile, tels qu'ils ont été consacrés par le code italien (art. 9 des Dispositions générales).

« La compétence et les formes de procédure sont régies par la loi du lieu ou le procès a lieu.

« Les moyens de preuve des obligations sont déterminés par la loi du lieu où l'acte s'est passé.

« Les jugements prononcés en matière civile par des tribunaux étrangers auront leur exécution dans le royaume, pourvu qu'ils soient déclarés exécutoires dans les formes prescrites par le code de procédure civile, sans préjudice aux dispositions différentes des conventions internationales.

« Les modes d'exécution des actes et des jugements sont réglés par la loi du lieu de l'exécution. »

255. On admet encore généralement des formalités dites intrinsèques (n° 233).

La distinction vient de l'ancien droit; elle confond toutes choses, comme je l'ai dit de la doctrine traditionnelle en cette matière (n° 250). Je me borne à citer Boullenois, un des auteurs les plus exacts : « Quant aux formalité *substantielles*, que j'appellerai encore *intrinsèques* et viscérales, ce sont celles *quæ dant esse contractui.* » On voit déjà qu'il ne s'agit pas de formes instrumentaires, puisque celles-ci ne concernent que la preuve, et la preuve est étrangère à l'existence du contrat. Boullenois cite comme exemples le consentement des parties contractantes, la chose et le prix dans le contrat de vente, la tradition dans la donation, et l'acceptation du donataire. La confusion est complète : l'auteur mêle les choses les plus différentes, les contrats solennels et les contrats non solennels, les conditions requises pour l'existence du contrat et les conditions exigées pour la translation de la propriété, puis certaines formes spéciales dans la donation. Pour compléter la confusion, il range encore parmi les formalités intrinsèques les *devoirs de loi*, c'est-à-dire la publicité établie par les coutumes de nantissement, dans l'intérêt des tiers. Boullenois rapporte toutes ces for-

malités au statut du lieu du contrat parce qu'elles donnent l'être et l'existence au contrat; il fait cependant exception pour les formalités attachées à des choses réelles, dont il s'agit entre les parties, ces formalités dépendent naturellement du statut réel (1).

Que le terme de *formalités intrinsèques* soit impropre, cela est d'évidence; le consentement, que l'on cite comme exemple, ne doit pas se manifester par écrit, pas même par paroles; il n'y a donc rien qui ressemble à une formalité. Le consentement est l'une des conditions requises pour l'existence des contrats : quelle est la loi qui régit ces conditions? Il faut d'abord écarter la règle *Locus regit actum*, si par *acte* on entend l'écrit que les parties dressent pour se procurer une preuve littérale : l'écrit n'est pas une condition de l'existence du contrat, sauf dans les contrats solennels, où il se confond avec le consentement. Il faut écarter encore le statut réel, lequel ne serait applicable que si l'on rangeait parmi les formes la publicité requise pour que certains faits juridiques existent à l'égard des tiers; je viens de dire que la transcription et l'inscription dépendent du statut réel, parce qu'elles sont établies dans un intérêt social (n° 252). Les lois qui régissent les contrats ne sont pas d'intérêt social; le législateur ne les impose pas aux parties, il leur laisse, au contraire, une entière liberté; les conventions qu'elles font leur tiennent lieu de loi. De là suit qu'en cette matière, il n'y a pas de statut proprement dit, les parties étant libres de régler leurs intérêts comme elles l'entendent, et, par conséquent, de s'en rapporter à telle loi qu'elles veulent choisir. C'est seulement dans le silence des contractants qu'il y a lieu de recourir à des présomptions, pour déterminer leur volonté probable (nos 209-217). Cette théorie s'applique-t-elle aux conditions essentielles requises pour l'existence des contrats? La question n'a pas d'importance pratique, sauf pour les contrats solennels. Dans les contrats non solennels, il n'y a que deux conditions nécessaires pour l'exis-

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 498 et suiv.

tence du contrat, le consentement et l'objet; la cause que le code Napoléon considère comme étant de l'essence des conventions se confond en réalité avec l'objet (1). Peut-on dire que les parties soient libres de déterminer les conditions essentielles des contrats ainsi entendues? Non, certes, l'autonomie des contractants ne va pas jusqu'à vouloir l'impossible; or il est impossible de contracter sans consentir, et il est tout aussi impossible qu'il y ait un contrat sans objet; on ne conçoit pas davantage une vente sans prix. Ces conditions résultant de l'essence du contrat se trouvent par cela même dans toutes les législations, elles y sont sous-entendues plutôt qu'exprimées, précisément à raison de leur évidence. Il suit de là qu'il ne saurait y avoir de conflit entre les lois des divers pays, en ce qui concerne les conditions essentielles des conventions; elles sont les mêmes partout. Or, la distinction des statuts n'a d'utilité qu'en cas de conflit; dès lors, il n'y a pas lieu de la faire, dans l'espèce.

Il en est autrement dans les contrats dits solennels; la solennité est-elle prescrite pour l'existence de certains contrats, et quelles sont les conséquences de l'inobservation des formes solennelles? Sur tous ces points, il y a doute et controverse. Si l'on n'admet pas la solennité comme condition d'existence des actes solennels, la question que je pose vient à tomber et l'on reste sous l'empire de la règle *Locus regit actum*; la doctrine et la jurisprudence françaises sont en ce sens (n°s 243 et 244). Dans la théorie que la loi hypothécaire belge a consacrée, les contrats solennels n'existent que si les solennités ont été remplies. Quelle est la loi qui détermine ces formes? J'ai répondu à la question en traitant des actes solennels (n°s 240 et 241). Les solennités ne dépendent en rien de la volonté des parties, il faut donc écarter les principes qui régissent les contrats et s'en tenir à la loi réelle, telle qu'elle est déterminée par la nature du fait juridique et de l'intérêt social qui est en cause, comme je l'ai dit ci-dessus.

(1) Voyez, sur la théorie des conditions requises pour l'existence des contrats, mes *Principes de droit civil*, t. XV, n°s 450-465.

§ II. *Droit étranger.*

N° 1. LE DROIT ANGLO-AMÉRICAIN.

256. La règle *Locus regit actum* est admise en Angleterre et aux Etats-Unis, comme partout, et on l'applique aux actes sous seing privé comme aux actes authentiques (1). Toutefois comme les légistes anglo-américains procèdent par précedents plutôt que par principes, ils n'ont pas de doctrine certaine sur l'adage traditionnel. Phillimore préférerait la loi du lieu où l'obligation doit être accomplie, sans donner de motif à l'appui de son opinion ; il accepte du reste l'adage, parce qu'il est consacré par une tradition universelle (2); mais la tradition, en cette matière, est si remplie d'incertitude, qu'il est difficile que l'application en soit certaine. Story cite une décision qui semble poser en principe qu'il faut suivre la loi du lieu ou le contrat est exécuté quand il diffère du lieu où l'acte a été passé; et plus loin il rapporte une decision en sens contraire (3). Y a-t-il une règle et quelle est-elle? On ne le sait. La maxime *Locus regit actum* est-elle obligatoire ou facultative? Même incertitude : il n'y a pas de précédent (4); dès lors toute opinion peut être soutenue. C'est sans doute pour cela que Story, si exact et si complet, ne dit rien de la question.

257. Les légistes anglo-américains semblent attacher peu d'importance à la maxime *Locus regit actum*, la raison en est sans doute que pour eux l'adage n'est qu'une dependance d'une regle plus générale, en vertu de laquelle le fond et la forme, en matière d'obligations, sont réglés par la loi du lieu où le contrat se passe. Sur ce point, dit Phillimore, la jurisprudence est unanime en Angleterre et aux Etats-Unis (5). C'est la confusion systématique de

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 270, § 242 *a*.
(2) Phillimore, *Private international law*, p. 493, n° 625.
(3) Story, *Conflict of laws*, p. 301, § 262 *a*, et p. 388, § 318.
(4) Wharton, *Conflict of laws*, p. 469, § 683, et p. 467, § 680. Comparez Westlake, *Private international law*, p. 162, § 175. Phillimore, *Private international law*, p. 496, § 628.
(5) Phillimore, *Private international law*, p. 505, § 648.

la convention et de l'écrit qui la constate; cependant en matière de conventions tout dépend de la volonté des parties contractantes, tandis que les formes sont dans le domaine du législateur. Cette confusion est surtout choquante quand il s'agit de la capacité des parties intéressées. Quel rapport y a-t-il entre le lieu du contrat et la capacité? S'il y a une loi personnelle, c'est celle qui régit l'état des personnes. En Angleterre et aux États-Unis, c'est le territoire qui détermine l'état (1).

Le réalisme domine dans la *common law*; de là, l'extension démesurée que les légistes anglo-américains donnent à la loi du lieu où le contrat se fait. Cette loi même est subordonnée à la loi de la situation des biens. La loi anglaise exige un écrit pour la translation de la propriété des immeubles; il suit de là que la translation de la propriété des biens situés en Angleterre ne peut se faire que par écrit, même dans les pays étrangers où aucun écrit n'est nécessaire. La forme est réelle. Si l'écrit n'était exigé que pour la preuve, la doctrine anglaise serait en opposition avec l'adage *Locus regit actum*. Mais si la loi veut un écrit pour donner plus de certitude et de stabilité à la propriété, la réalité de la forme se comprend; il s'agit d'un intérêt social et, dès que le droit de la société est en cause, la loi territoriale l'emporte. Westlake ajoute que la question internationale n'a plus d'importance depuis que sur le continent on a introduit la transcription comme condition de la transmission de la propriété (2). Cela n'est pas exact; la transcription n'est acquise que pour rendre l'acheteur propriétaire à l'égard des tiers; entre les parties, la propriété se transfère toujours, en France et en Belgique, par le seul effet du concours de consentement.

N° 2. LE DROIT ALLEMAND.

258. Je transcris d'abord les dispositions du code prussien. Ce code porte (part. I, tit. 5, § 111) : « La

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 278, § 241.
(2) Westlake, *Private international law*, p. 71, n°s 81-88.

forme d'un contrat sera jugée d'après les lois du lieu où il a été passé. » L'application du principe donne lieu à des difficultés quand le contrat se fait entre absents, par correspondance ; le code de Prusse les prévoit; d'après le plan de ces Etudes, je les ajourne à la partie spéciale. Le § 115 apporte une exception à la règle *Locus regit actum* : « Dans tous les cas où le contrat a pour objet la propriété, la possession ou l'usufruit de biens immeubles, on observera, quant à la forme, la loi du lieu où la chose est située. » Quand la forme est-elle réelle? Je viens de répondre à la question. La disposition du code prussien me paraît trop absolue; elle suppose sans doute que la forme est prescrite dans un intérêt général; alors elle est réelle, par application du principe qui domine la matière.

Il est inutile de transcrire les autres lois qui consacrent la règle traditionnelle; on peut les voir dans l'ouvrage de Fœlix (1).

259. La doctrine en cette matière est plus intéressante que la législation. Savigny dit qu'en principe la forme devrait dépendre du fait juridique; comme il admet que les contrats sont soumis à loi du lieu où ils doivent être exécutés, il voudrait aussi que cette loi fût appliquée aux formes (2). Cette théorie nous paraît très contestable. La forme n'est pas l'accessoire du contrat ; elle a, en général, pour seul objet de fournir aux parties une preuve littérale de leurs conventions, ce qui offre une grande facilité pour le règlement des contestations qui pourraient survenir. Dans cette théorie, qui est celle du droit français, l'existence et la validité du contrat sont indépendantes de la forme ; il n'y a d'exception que pour les actes solennels. Dès lors la forme ne saurait être l'accessoire de la convention. J'ajouterai que l'application que Savigny fait de sa doctrine sur la loi des contrats témoigne contre son opinion. On conçoit que les parties disent que leurs con-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 187 et suiv., de la 4e édition.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 348, § 381.

ventions seront réglées par la loi du lieu où elles doivent être exécutées; tout dépend de leur autonomie, mais les formes ne sont pas réglées par la volonté des parties : c'est la loi qui les établit, à raison des circonstances locales : observer, là où les parties contractent, les formes du lieu d'un autre pays où le contrat sera exécuté, est chose contradictoire dans les termes. Savigny lui-même recule devant l'impossibilité où les parties pourraient se trouver d'observer, dans le lieu où elles traitent, les formes du pays où la convention doit être exécutée ; il faut dire plus, il y a une impossibilité logique autant qu'une impossibilité de fait.

Savigny dit, et cela est d'évidence, que la maxime *Locus regit actum* ne reçoit point d'application à l'état des personnes ; les formes, s'il y en a, sont une dépendance du statut personnel. Le jurisconsulte allemand excepte aussi de la règle les formes qui concernent les droits réels. J'ai déjà fait mes réserves contre cette prétendue exception (n° 253); à mon avis, les formes ne sont réelles que si l'intérêt, c'est-à-dire, le droit de la société, est en cause. Mais peut-être la doctrine que j'ai combattue n'a-t-elle pas la signification absolue qu'elle paraît avoir, car Savigny cite la loi prussienne (n° 258) comme une exception à la règle telle qu'il l'entend ; donc la règle générale reste applicable aux contrats qui ont pour objet la translation de la propriété.

Du reste, il est difficile d'apprécier et de critiquer la doctrine de Savigny en cette matière, parce que son point de départ n'est pas le mien. Il croit que la règle *Locus regit actum* n'a d'autre but que de favoriser les relations internationales en les facilitant. De là il conclut que la règle est purement facultative. On voit combien est grande l'importance des motifs qui font connaître l'esprit du droit. Malheureusement, les motifs de la maxime traditionnelle sont eux-mêmes controversés, et, par suite, il est impossible de s'entendre.

260. Bar (1) commence par constater le dissentiment

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 112-131, §§ 31-39.

qui règne parmi les auteurs sur les motifs de la règle que tous admettent; il croit qu'elle n'a point de fondement rationnel; s'il l'admet, c'est qu'elle est universellement adoptée. Mais la signification et la portée de la regle sont loin d'être reconnues comme droit commun. Que faire quand une regle est exclusivement traditionnelle et que la tradition est incertaine? On ne sait pas même d'ou date la règle ni comment elle s'est introduite. Savigny croit qu'elle date du seizième siècle, mais sans citer aucun témoignage Bar dit qu'elle était déjà connue des glossateurs, et il suffit d'ouvrir leurs écrits pour s'en convaincre. Comme la portée de la règle ne gagne rien à ces discussions historiques, je les laisse de côté.

A quelles formes s'applique la règle *Locus regit actum?* On ne s'accorde pas sur ce point, et l'accord est impossible, puisque les auteurs ne s'entendent pas même sur le sens du mot *formes*. En droit français, on applique la règle aux formes *extrinsèques* ou *instrumentaires*, c'est-à-dire aux formes requises pour que les écrits aient force probante. Bar combat cette opinion. Les formes, dit-il, ont encore un autre but, c'est de garantir la libre expression de la volonté des parties contractantes. Il me semble qu'ici il y a un malentendu. C'est précisément parce que les formes *instrumentaires* garantissent que l'acte est l'expression de la vraie volonté des parties intéressées, que cet acte a force probante; donc les deux objets que Bar assigne à l'acte n'en forment qu'un, et par suite le débat devient une dispute de mots. Au fond tout le monde est d'accord. Il y a cependant une réserve à faire pour les actes solennels, dont Bar ne parle pas; la solennité est, dans ce cas, requise pour l'existence du fait juridique, et elle dépend, comme telle, de la loi qui régit le contrat, et non de la loi du lieu ou l'écrit est dressé. La plupart des auteurs appliquent la regle aux formes dites *intrinseques*, c'est-a-dire aux conditions prescrites pour la validité ou pour l'existence des faits juridiques. Bar a raison de rejeter cette extension démesurée de la maxime traditionnelle, mais il ne veut pas non plus la limiter aux formes *probantes*, il va jusqu'à nier qu'il y ait des formes qui

n'ont d'autre objet que la preuve : je renvoie l'auteur à la loi du 25 ventôse an XI, et aux articles 1325 et 1326 du code civil. En définitive, il est très difficile de préciser ce que Bar entend par formes soumises à la règle *Locus regit actum*. On éviterait bien des difficultés et bien des malentendus si, au lieu de se tenir dans le domaine des abstractions, on citait des textes, ou, à défaut de textes, si l'on déterminait les formes auxquelles s'applique l'adage.

Bar admet avec Savigny que la règle du lieu de l'acte est facultative, et que les parties peuvent choisir la loi qui régit le fait juridique. Quelle est cette loi? Savigny a au moins une réponse précise : la loi du lieu où la convention doit être exécutée ; Bar s'en tient à la formule de « la loi à laquelle le fait juridique est soumis ». Voudrait-on bien nous dire à quelle loi le fait juridique est soumis? Bar a sa réponse, mais chaque jurisconsulte, à peu près, a la sienne. On ne dirait pas que la règle traditionnelle a pour objet de faciliter les relations civiles et commerciales entre les nations; car voilà que, au moment de traiter, les parties contractantes ne savent point quelle loi elles doivent ou quelle loi elles peuvent suivre pour la rédaction de l'écrit destiné à exprimer leur volonté. Le droit n'est pas une abstraction, c'est une face de la vie, et la vie n'est pas une formule.

N° 4. — LE DROIT ITALIEN.

261. Le code italien commence par établir le principe que les *formes extrinsèques* des actes sont régies par la loi du lieu où ils sont dressés ; puis il ajoute (Dispositions préliminaires, art. 9) : « Les disposants ou les contractants ont la liberté de s'en tenir aux formes prescrites par leurs lois nationales, pourvu qu'elles soient communes à toutes les parties. » Cette disposition implique que les formes locales sont obligatoires en principe. La règle n'admet qu'une seule dérogation, celle que j'ai proposée, dans le cas où les parties intéressées appartiennent à la même nation (n° 147). On avait proposé, au sein de la commission, d'étendre l'exception au cas où les parties auraient une

nationalité diverse. La proposition fut rejetée à cause des grandes difficultés auxquelles elle donnerait lieu dans l'application (1). L'exception que j'ai empruntée au code italien se fonde sur un motif d'utilité, ce qui est d'une grande considération dans la matière du droit civil international. Mais l'exception ne doit pas devenir la règle; sinon, au lieu de faciliter les relations, on les entraverait. En effet, les parties devraient déclarer leur volonté, et dans le silence de l'écrit, que ferait-on? Le législateur établirait-il des présomptions? Il lui serait impossible de prévoir toutes les hypothèses. Les abandonnera-t-il au juge? Ce serait une mine à procès, et de plus l'arbitraire. Mieux vaut une règle fixe, qui n'est d'ailleurs pas très onéreuse, puisque, pour avoir un acte valable, il suffit aux parties de suivre la loi du pays où elles dressent l'acte.

Section VI. De la preuve, de la publicité et de l'autorité des lois étrangères.

§ 1. — *De la preuve des lois étrangères* (2).

262. Le juge, en matière de droit civil international, doit décider d'après la loi étrangère lorsqu'il s'agit de l'état et de la capacité des étrangers, ou quand on conteste la validité d'un acte reçu en pays étranger. Si l'on admet la doctrine que toutes les lois sont personnelles quand elles ont pour objet des intérêts privés, l'application des lois étrangères sera encore beaucoup plus fréquente. De là naissent de grandes difficultés quant à la preuve des lois étrangères. Il y a une différence essentielle entre ces lois et les lois nationales ; celles-ci sont connues du juge par la publication légale qui en est faite : et c'est pour que le juge les connaisse que la loi exige des conditions de capacité des futurs magistrats. De là, ce vieil adage : *jura novit curia*. On n'en peut dire autant des lois étrangères; elles ne sont pas publiées en France, et les juges

(1) Voyez le procès-verbal de la commission dans Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 192-194.

(2) Sources. Mittermaier, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XVIII, p. 67-88.

ne sont pas tenus de les connaître. De fait, les tribunaux ne les connaissent pas; on ne les enseigne point; elles ne se trouvent pas dans nos bibliothèques ; écrites dans des langues que le juge ignore, il ne les comprendrait pas quand même il les aurait sous les yeux. La cour de Paris en a conclu que les tribunaux français ne sont pas obligés d'appliquer les lois étrangères, puisqu'il est de principe qu'une loi non publiée n'est pas obligatoire (1). L'erreur est évidente : on applique les statuts personnels, non comme lois françaises, mais comme lois étrangères ; il suffit donc qu'elles aient été publiées dans le pays où elles ont été portées. Mais, quoique publiées légalement à l'étranger, elles ne reçoivent aucune publicité en France. Comment le juge appliquera-t-il des lois dont il ignore l'existence?

263. Régulièrement, les parties intéressées invoqueront la loi étrangère d'après laquelle le procès doit être décidé. Mais alors même que les parties négligeraient de produire les lois qui régissent le débat, le juge doit le faire d'office. C'est la conséquence du principe qui régit le droit international privé. La communauté de droit qui existe entre les nations implique que les lois étrangères sont obligatoires pour le juge aussi bien que les lois nationales. La nature du fait juridique détermine la loi qui doit recevoir son application ; et le juge est tenu de l'appliquer, puisque sa mission est de dire droit ; or, il ne dirait pas droit s'il décidait une question litigieuse par la loi de son pays, alors qu'elle doit être décidée par une loi étrangère. Conçoit-on qu'un juge belge déclare un Néerlandais majeur et capable à vingt et un ans, alors que le code des Pays-Bas fixe la majorité à vingt-trois ans ! Ce serait violer le statut personnel du Néerlandais, alors que le juge est tenu de l'appliquer. Cependant, telle est l'incertitude de toutes les règles de notre science, qu'il y a controverse et doute même sur le point de savoir si le juge doit appliquer d'office les lois étrangères.

(1) Paris, 15 mars 1831 et Rejet du 7 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3914). Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, n° 91, p. 136.

M. Demangeat, dans ses notes sur Fœlix, admet comme une chose *évidente*, que le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office la loi étrangère (1). Le savant commentateur ne nous dit point sur quoi se fonde cette *évidence*. En droit, rien n'est évident, en ce sens que l'on n'affirme pas, on prouve : dire qu'une chose est évidente, c'est ne rien dire, et c'est rendre impossible toute discussion, car on ne peut combattre une opinion qui n'est pas motivée. Toutefois cette opinion doit être assez répandue en Allemagne, puisqu'elle était formulée dans le projet de code de commerce du royaume de Würtemburg, qui contenait la disposition suivante : (art. 997) : « Dans tous les cas où la loi autorise le juge à appliquer une loi étrangère, il ne peut le faire que sur la demande de la partie. Celle-ci est tenue de justifier des dispositions de la loi étrangère. » Le projet de loi sur les lettres de change, préparé pour le royaume de Saxe, renfermait des dispositions analogues (2).

Cependant la jurisprudence allemande ne va pas jusque-là. L'associé d'une maison de commerce établie à Hong-Kong (Chine), mais domicilié en Prusse, fut actionné comme débiteur solidaire; il opposa que la question de droit devait être décidée d'après le droit anglais, en vigueur à Hong-Kong, et selon ce droit, le demandeur devait d'abord actionner la société et se venger sur l'actif social avant de poursuivre les associés. Les tribunaux de première et de deuxième instance rejetèrent l'exception; ils reconnaissent que le droit en vigueur à Hong-Kong était applicable au débat, mais le demandeur n'ayant pas prouvé son allégation, les juges devaient appliquer le droit national. Le tribunal de l'Empire confirma la décision en ces termes : « Quoique le juge doive appliquer le droit étranger, en tant qu'il lui est connu, et qu'il *puisse* à cette fin s'en enquérir d'*office*, cependant le juge n'est pas *obligé* de connaître le droit étranger, ou de le rechercher par une *information d'office*, et la

(1) Demangeat sur Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 220, note, de la 4e édition.

(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 35, n° 18, note 2, de la 4e édition.

maxime *jura novit curia* ne peut être invoquée en matière de droit étranger (1) ».

Sans doute, le juge n'est pas tenu de connaître toutes les lois étrangères ; mais dès qu'il reconnaît que la loi étrangère doit décider le débat, il doit imposer la preuve de cette loi à la partie qui l'invoque, et même faire d'office les recherches nécessaires sinon, il risque de rendre une décision contraire à la loi qu'il aurait dû appliquer. Quant à dire que le droit national doit recevoir son application, c'est établir une présomption qu'aucune loi n'autorise. La jurisprudence américaine, qui repose sur un droit coutumier non défini, décide qu'en l'absence de toute preuve, on doit présumer que le droit étranger est identique avec le droit national. Mais cette présomption est limitée par bien des restrictions. D'abord, elle ne s'applique pas aux statuts ; en effet, il serait absurde de présumer que des lois étrangères sont identiques avec les nôtres ; la présomption ne s'applique donc qu'au droit coutumier, et surtout en matière mobilière et commerciale. Cela réduit la présomption à une espèce de *jus gentium*, tel que les Romains l'entendaient ; seulement, les jurisconsultes de Rome étaient plus cosmopolites que les juges américains ; ceux-ci n'admettent dans leur communauté de droit que les peuples *chrétiens* : toujours cet incurable préjugé qui, au lieu d'unir les nations, les divise en camps ennemis, les chrétiens et les non-chrétiens (2). La présomption que la jurisprudence américaine admet accuse notre ignorance et l'état imparfait de nos relations internationales. Au lieu de présumer que le droit étranger est identique avec le droit national, il vaudrait mieux provoquer des traités, qui donnent au moins la certitude au droit de tous les Etats. Je dirai plus loin que la simple courtoisie internationale suffit pour atteindre ce but, et ce serait déjà un bien immense que la certitude du droit; on va voir à quelles inextricables difficultés conduisent l'ignorance et l'incertitude du droit étranger.

(1) Jugement du 14 février 1871 (*Journal du droit international privé*, t. I, p. 80).
(2) Voyez le t. Ier de ces Études, p. 215, n°s 150-152

264. La doctrine est divisée, aussi bien que la jurisprudence, sur la question, aussi élémentaire que capitale, de savoir si le juge doit d'office appliquer la loi étrangère, ou s'il ne doit le faire que sur la demande des parties intéressées. Il n'y a pas moins de trois opinions sur ce point (1). Dans la première, on considère la loi étrangère comme un *fait*; ce principe retentit dans toutes les décisions des tribunaux anglais et américains; j'y reviendrai. Les tribunaux allemands le proclament aussi, et la science a essayé de le justifier. La loi étrangère, dit-on, expression d'une souveraineté étrangère, ne nous est pas légalement connue; en ce sens, c'est un fait que les parties doivent alléguer et prouver; le juge ne peut pas statuer sur des faits et des prétentions que les plaideurs ne soumettent pas à sa décision (2). Cette opinion méconnaît entièrement la communauté de droit qui existe entre les nations et l'obligation qui en résulte pour le juge d'appliquer la loi étrangère au même titre que la loi nationale : est-ce que la loi nationale est un fait que les parties soumettent à la décision du juge? La question n'a pas de sens; elle n'a pas de sens non plus quand il s'agit d'une loi étrangère. La partie qui invoque la loi obligatoire à Hong-Kong ne demande pas que le juge apprécie un fait, elle demande que le juge décide le litige d'après la loi qui le régit, ce qui est le premier de ses devoirs : c'est donc toujours une question de droit qu'il est appelé à décider, et non une question de fait; et dès que le juge reconnaît, comme il l'a fait dans l'affaire de Hong-Kong, que c'est la loi étrangère qui régit le débat, il est obligé de l'appliquer, que les parties le demandent ou non. L'application de la loi ne regarde pas les parties, c'est le ministère du juge.

La seconde opinion est celle que je viens de soutenir (3). Appliquer la loi qui régit le débat est un devoir pour le juge ; cette obligation est indépendante de ce que font les

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 102, § 32.

(2) Oppenheim, *Volkerrecht*, p. 381, et les jugements cités par Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 102, note 2.

(3) Schæffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 207. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 103 et 104.

parties (1). La seule différence qui existe à cet égard, entre la loi nationale et la loi étrangère, c'est que le juge connaît nécessairement la loi de son pays, tandis qu'il peut ne pas connaître la loi étrangère. S'il ne la connaît point, il peut imposer aux parties qui l'invoquent l'obligation de la produire : elles doivent la connaître, puisqu'elles l'invoquent. Mais les parties doivent-elles nécessairement prouver la loi étrangère, pour que le juge soit tenu d'en faire l'application ? Il y en a qui le pensent (2) : c'est toujours cette fausse idée que la loi étrangère est un fait, une allégation, et que tout fait allégué par les parties doit être prouvé par elles (3). Non, la loi, c'est le droit que le juge doit appliquer. Et s'il le connaît, pourquoi demanderait-il que les parties le lui fassent connaître ? On invoque devant une cour des Pays-Bas le code civil qui regit la Belgique et la France : faudra-t-il que la cour charge les parties de produire le code civil, dûment certifié, comme édition officielle, ou une copie exacte de l'édition authentique ? La jurisprudence anglaise est en ce sens; j'y reviendrai. Je réponds qu'il n'y a sous ce rapport aucune différence entre le code civil et le code néerlandais. Si le juge a en main une édition officielle du code civil, il est inutile que les parties en produisent une; et il n'y a lieu de recourir à une édition officielle que lorsqu'il se présente un doute sur l'exactitude de la copie que la partie invoque. Il faudrait dire plutôt que cet examen appartient au ministère du juge, car il doit dire droit d'après la loi véritable, et non d'après une mauvaise copie.

Enfin, dans une troisième opinion, on enseigne que le juge est autorisé à appliquer la loi étrangere, mais qu'il n'y est pas tenu (4). Je ne rapporte cette opinion que pour montrer quelle incertitude regne dans notre science, et combien il importe que les traités lui impriment la certitude. Conçoit-on que le juge soit libre de décider un

(1) Asser, *Schets van het internationaal privaatrecht*, p. 22 et 23.
(2) Wachter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 310 et les auteurs cités par Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 103, note 4.
(3) Reyscher, *Wurtembergisches Privatrecht*, § 81, et les lois et décisions judiciaires citées par Bar, p. 103, note 3.
(4) Kori, *Erörterungen*, t. III, p. 29.

procès d'après deux lois, à son choix, alors que l'une contredit l'autre? Ce serait transformer le juge en législateur, car il ferait le droit en même temps qu'il l'appliquerait. Dans les pays où règne le droit coutumier, cela se conçoit à la rigueur; mais c'est aussi un des vices de ce droit. Là où il y a des lois, le juge n'en est plus que le ministre : c'est la plus forte garantie, pour les justiciables, de l'impartialité du juge.

Par identité de raison, je ne saurais admettre que le juge puisse, dans le silence des parties ou dans l'incertitude où il est sur le droit étranger, appliquer la loi nationale. Les décisions judiciaires ne sont pas basées sur des lois probables et présumées, elles se fondent sur des lois certaines. Vainement invoque-t-on la difficulté, pour le juge, de se procurer la connaissance exacte de la législation étrangère; une difficulté, dit M. Asser (1), n'est pas un motif de droit; et la difficulté, dans l'état actuel des relations internationales, n'est jamais une impossibilité. Toutefois, il est bon de constater les difficultés que présente l'application des lois étrangères; elles porteront le législateur à remédier au mal.

265. Merlin suppose qu'un tribunal français soit appelé à appliquer le droit anglais. Nos magistrats, dit-il, ne sont pas les organes des lois anglaises; et il n'est pas probable non plus qu'ils les aient assez étudiées pour que leur vertu puisse se contenter des lumières qu'ils ont puisées dans une législation étrangère. Si l'on approfondit cette idée, elle a de quoi effrayer. Merlin constate ensuite l'esprit tout différent du droit anglais et du droit français. La France reçut avec empressement les lois romaines, comme si elle eût prévu que les principes semés dans cette compilation par des empereurs absolus concourraient à donner à nos souverains un pouvoir sans bornes. Les Anglais, au contraire, pressentirent que des lois données à des sujets ne pouvaient convenir à des citoyens. En France, les juges sont pleins de respect et d'admiration pour les lois romaines; les juges anglais,

(1) Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, p. 23.

au contraire, n'ont pour elles que du mépris, et même de la haine. D'un autre côté, les deux nations ont des lois coutumières, aussi opposées que l'esprit et le caractère des deux peuples qui les ont produites. Ils n'ont rien de commun qu'une seule chose : c'est que les lois civiles en France et en Angleterre sont si horriblement multipliées et jetées avec tant de désordre dans une foule de recueils, que la vie entière d'un homme suffirait à peine pour connaître chaque législation.

Merlin suppose que deux Anglais doivent être jugés en France d'après les lois anglaises, l'affaire s'étant passée en Angleterre. Nos magistrats, qui ont besoin de toute leur vie pour connaître nos lois, doivent presque toujours ignorer celles des Anglais. S'ils tentent d'en prendre rapidement quelque connaissance, ils en comprendront mal l'esprit, parce qu'ils les interpréteront toujours, malgré eux, avec l'esprit de la législation française. Presque toujours celui qui devait gagner sa cause la perdra, parce qu'il sera jugé d'après des lois opposées à celles sous l'empire desquelles il a contracté. Dans cet ordre de choses, les vertus seront des piéges pour le magistrat vertueux, et les lumières ne serviront qu'à égarer le magistrat éclairé (1).

Merlin n'exagérait point. Que dis-je ? Depuis la révolution de 1789, l'abîme qui existait entre le droit anglais et le droit français s'est élargi. Sous l'ancien régime, la féodalité civile régnait dans les deux pays, différente dans les détails, mais l'esprit était le même. En France, la féodalité fut détruite en une nuit d'enthousiasme ; tandis qu'en Angleterre, la propriété est toujours régie par des principes qui datent du onzième siècle. Sur le continent, nous ne savons plus ce que c'est que le droit féodal ; nous ne comprenons même plus les termes d'un droit qui se rapporte à un état social bouleversé de fond en comble. Les institutions judiciaires diffèrent à tel point, que nous avons de la peine à nous en faire une idée. Il est impossible, sans avoir fait une étude préalable du droit anglais, de comprendre la décision d'une question spéciale que

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Souveraineté*, § V, n°s 5 et 6. (T. XXXI, p. 379 et 380 de l'édition de Bruxelles).

l'on trouve dans les commentaires de Blakstone et de Kent, quoique ces ouvrages soient, à bien des égards, des chefs-d'œuvre. La cause des difficultés que le juge rencontre indique le moyen d'y remédier. Je l'ai déja indiqué dans l'Introduction de ces Etudes ; il faut créer dans les universités un cours de législation comparée, qui comprendra notamment le droit anglo-américain. L'enseignement fera connaître et apprécier les sources, la littérature. Puis, il produira lui-même une littérature spéciale, destinée aux juges et avocats étrangers. Les meilleurs ouvrages anglais et américains, ceux que je viens de citer, sont écrits pour des Anglais et pour des Américains, c'est-à-dire, pour des hommes élevés et nourris dans la *common law*, les lecteurs connaissent les institutions particulières à la race anglo-américaine, ils les voient fonctionner, tandis que tout cela est inconnu et lettre morte pour des étrangers : pour eux, il faut des livres spéciaux, comme on fait des ouvages élémentaires en France et en Allemagne, pour initier à la science du droit ceux qui se destinent à la difficile carrière de la pratique judiciaire : c'est un nouveau langage qu'il faut apprendre aux légistes étrangers, ce sont de nouvelles idées.

266. Dans l'ancien droit, la difficulté que je viens de signaler se présentait dans un seul et même pays, puisque le droit varait d'une province et d'une ville, parfois d'un village à l'autre. La difficulté était d'autant plus grande, que le droit n'était pas écrit. Il y avait, à la vérité, des pays de *droit écrit*, où l'on suivait le droit romain, mais ce n'était pas le droit romain tel qu'on le trouve consigné dans les compilations de Justinien ; ces compilations n'avaient jamais été reçues en France, les coutumes avaient profondément modifié le droit romain, de sorte que l'on ne pouvait savoir que par la pratique quel était le droit écrit dans le ressort des divers parlements. Il y avait bien plus de variété encore, et partant d'incertitude dans les pays de droit non écrit ; les coutumes recueillies et publiées officiellement ne comprenaient qu'une petite partie du droit existant ; on n'enseignait pas le droit coutumier dans les universités, la pratique était incertaine.

Comment, dans cet état de choses, pouvait-on constater quel était le droit sur une question donnée ? On avait recours à des *actes de notoriété* (1). On appelait ainsi toute sorte d'attestations données par des officiers de justice ou par plusieurs avocats réunis, sur la coutume ou l'usage de quelque lieu. Ces actes étaient de deux espèces bien différentes : les uns étaient faits en exécution de l'arrêt d'une cour souveraine, par les officiers de quelque siége du ressort de cette cour ; les autres étaient donnés sur la simple réquisition des parties intéressées, ils étaient destinés le plus souvent à instruire les juges d'une province des usages d'une autre province qui devaient servir de règle à leur jugement. Les actes de notoriété s'introduisirent après l'abolition des *enquêtes par turbes*, dans lesquelles on entendait des praticiens qui déclaraient quel était l'usage suivi dans les lieux où ils pratiquaient. Ces enquêtes furent abolies par l'ordonnance de 1667 ; elles donnaient lieu à de graves abus : on se plaignait non seulement de l'ignorance des turbiers, mais aussi et surtout de leur mauvaise foi. Le rude d'Argentré disait, que le plus souvent les *grands* y trouvent ce qu'ils veulent, que les *petits* y sont foulés, et que les praticiens, à vrai dire, *sont à vendre*. La difficulté de prouver les usages subsista après l'abolition des enquêtes par turbes. On demandait s'il fallait en croire les auteurs sur le fait des usages qu'ils rapportaient. En France, dit Bouhier, nous présumons volontiers pour le témoignage de nos écrivains, lorsqu'ils ont parlé des usages de leur province, et qu'ils ont parlé en temps non suspect ; car quelle apparence qu'ils eussent voulu tromper gratuitement le public, dans des ouvrages entrepris pour son instruction, et sur des faits où ils ne pouvaient impunément en imposer à leurs contemporains ? Mais on ne trouvait pas toujours des témoignages écrits constatant l'usage sur un point de droit. Il fallait se contenter d'actes de notoriété. Denisart

(1) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, édition de Camus et Bayard, Paris, 1783, T. I, au mot *Acte de notoriété*. Comparez Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XIII, nos 71 et suiv.

donne plusieurs formules d'arrêts ordonnant la production d'un acte de notoriété; je vais transcrire celle qui est la plus précise :

« La cour, avant faire droit, ordonne que par-devant le lieutenant particulier de Moulins, douze anciens, tant officiers qui n'auront assisté au procès, qu'avocats et praticiens par lui nommés d'office, seront entendus pour savoir l'usage observé sur l'âge de tester, tant dans les jugements, transactions et autres actes dont ils auraient connaissance, lesquels ils pourront mettre ès mains dudit juge commis. Et pourront les parties représenter par-devant lui telles pièces justificatives dudit usage qu'elles aviseront bon être, dont sera dressé procès-verbal, pour icelui, ensemble les pièces qui seront jointes, vu et rapporté, être fait droit ainsi que de raison. »

On voit que les actes de notoriété se faisaient aussi par voie d'enquête, et si l'on en croit le président Bouhier, un excellent esprit, ils présentaient encore moins de garantie que les turbes. Dans les enquêtes par turbes, la présence du commissaire de la cour rendait les témoins plus circonspects, et assurait la foi de leurs dépositions, au lieu que les actes de notoriété se donnaient par les officiers des bailliages, qui pouvaient plus facilement être *surpris*, ou même *gagnés*, sans compter l'*intérêt particulier* que quelques-uns d'eux pouvaient avoir, pour établir telle ou telle jurisprudence. Le danger était d'autant plus grand que les actes de notoriété constataient le droit d'où dépendait la décision du procès. Les cours pouvaient sans doute n'en tenir aucun compte, puisque ce n'était qu'un moyen d'éclairer le juge; mais alors la difficulté subsistait : comment constater le droit?

Les actes de notoriété délivrés sur la demande des parties avaient beaucoup moins d'autorité : c'étaient de simples consultations. On prétend que des avocats ont donné des avis, en sens contraire, aux deux parties plaidantes. Le président Lamoignon dit qu'il faut se défier de ces *certificats*; l'abus était si grand que, dans un procès qui était pendant au conseil du roi, un des procureurs généraux d'un parlement en avait donné de contraires sur

un même fait. Bouhier se plaint amèrement de ces *indécences*, dont il avait vu lui-même des exemples; il parle avec une sage réserve des actes délivrés par les avocats, mais sa conclusion est que l'on ne peut pas y ajouter pleine foi : « Si on n'ajoute pas une pleine foi aux témoignages des officiers des bailliages, il n'y aurait pas d'apparence de donner une entière créance aux simples certificats des avocats, qu'ils soient par eux délivrés en corps ou autrement. Quoique la plupart de ceux qui exercent cette noble profession soient d'une probité reconnue, il leur est difficile néanmoins de se défendre contre le penchant qui les porte à favoriser la partie qui les consulte, et dont la reconnaissance n'est pas ordinairement gratuite; d'ailleurs peuvent-ils à cet égard prétendre plus de privilége que les personnes les plus respectables, au témoignage desquelles on n'est pas tenu de s'arrêter en jugement, s'il n'est pas soutenu de la religion du serment! »

Comme dans les pays coutumiers, tels que l'Angleterre et les États-Unis, on accorde une grande autorité au témoignage des *experts*, en matière de droit, je crois utile de rapporter ce qu'en dit Bouhier, premier président du parlement de Bourgogne, qui à une longue expérience joignait une rare pénétration : « Quand les avocats donnent de simples attestations, sans ordonnances de juges, sans que les parties aient été appelées, et sans avoir prêté serment, ce ne sont proprement que de *célèbres consultations*, pour me servir de l'expression d'un habile homme de leur profession. Aussi l'on n'y doit avoir égard qu'autant qu'elles sont soutenues de *preuves authentiques* » Ainsi la difficulté n'est pas résolue par l'avis des *experts*, elle l'est par les preuves qu'ils allèguent. « Ce n'est rien dire que d'attester qu'on a vu observer une chose; il faut dire de plus en quels cas et en quels lieux cela s'est pratiqué, rapporter les arrêts rendus sur la question, en rappeler les circonstances, et rendre enfin une pleine et entière raison de son témoignage. » Bouhier conclut que de simples certificats donnés sans ces précautions sont très dangereux; il cite les paroles de Pierre de Fontaines en son ancien langage qui est très énergique : « De ces

avis (attestations d'usages) avient-il à la fois que cil en perd, qui gagnier dust. »

267. Les actes de notoriété n'existent plus dans le droit moderne (1). Il a été jugé que les tribunaux ne peuvent pas délivrer de *réversales*, c'est-à-dire des attestations constatant que, sur telle question de droit, on suit en Belgique telle loi ou telle coutume. La cour de Bruxelles dit avec raison que, d'après les lois organiques de l'ordre judiciaire, les tribunaux ne sont institués que pour juger les contestations particulières portées devant eux par les parties intéressées, et dans les formes voulues; dès lors ils n'ont aucune qualité pour délivrer des réversales; l'article 5 du code civil le leur défend implicitement en leur défendant de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire (2). Dans l'espèce, un décret émané de la justice provinciale supérieure prussienne (*sic*) avait ordonné aux héritiers du duc de Looz-Corswarem, prince de Rheina-Wolbeck, de faire constater par déclaration de la cour supérieure de justice séant à Bruxelles, qu'avant l'introduction du code civil en Brabant il était de droit qu'à la séparation de la succession mobilière et de la succession immobilière, le successeur des biens mobiliers ne pouvait être tenu que des dettes personnelles. Cela prouve qu'en Allemagne l'usage des réversales existe. La cour de Bruxelles se déclara incompétente.

En 1831, les héritiers belges d'un prieur des carmes, décédé à Ratisbonne en 1789, adressèrent à la cour de Bruxelles une requête tendant à obtenir des réversales *de observando reciproquo*, énonçant *in terminis* que la cour atteste et certifie que, dans les provinces belgiques faisant partie de l'ancien royaume des Pays-Bas, le *droit de détraction*, les droits connus sous le nom de *gabella hereditaria*, ou d'*émigration*, et autres de même nature, ont été abolis par suite d'un traité entre ce royaume et celui de Bavière, en date du 17 août 1817, de sorte que les successions échues, en Belgique, aux sujets du royaume de Bavière leur sont délivrées de la même manière que le

(1) Bruxelles, 10 mai 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 131).
(2) Bruxelles, 9 mai 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 122).

seraient aux sujets de la Belgique celles qui leur adviendraient dans le royaume de Bavière. La cour se déclara incompétente, par les motifs que je viens de dire. L'arrêt ajoute : « Considérant que la question sur laquelle les exposants demandent un certificat dépendant des traités faits entre la Bavière et les Pays-Bas, c'est au texte et à l'esprit de ces traités qu'ils doivent avoir recours pour appuyer leurs droits et leurs réclamations, et si les traités laissaient des doutes sur la question proposée, les gouvernements des deux nations, ou les tribunaux légalement saisis de la difficulté par les parties intéressées, pourraient la résoudre, chacune dans le cercle de ses attributions, mais, dans aucun cas, la cour ne pourrait se permettre d'interpréter les traités susdits par voie de disposition générale, sans excéder ses pouvoirs (1). » Il y a un arrêt postérieur dans le même sens (2). En 1817, la cour de Bruxelles délivra, sans objection aucune, une réversale sur le droit de succession des Autrichiens en Belgique et des Belges en Autriche ; les exposants produisirent un règlement de la cour d'appel établie pour l'Autriche antérieure, concernant la forme et la teneur des réversales à fournir par les sujets des Pays-Bas, pour recueillir les successions qui leur sont échues en Autriche (3).

Il est à regretter que la loi n'autorise point ces réversales, ou que les traités n'indiquent pas un moyen de constater le fait de réciprocité. L'article 5 du code Napoléon n'est pas un obstacle à l'intervention des tribunaux, car les réversales ne sont ni un jugement, ni un règlement, c'est la simple attestation d'un fait.

Ce qui prouve combien ces attestations sont nécessaires, c'est que ces cours invoquent les *pareres* pour y fonder leurs décisions (4). On entend, à proprement parler, par

(1) Bruxelles, 27 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 220), sur l'avis contraire de M. Delebecque, substitut du procureur général.

(2) Bruxelles, 14 août 1837, sur l'avis conforme de l'avocat général De Bavay (*Pasicrisie*, 1837, 2, p. 221).

(3) Bruxelles, 10 décembre 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 548). Il y a deux arrêts de 1810, 15 février et 24 juillet, dans le même sens (Dalloz, au mot *Acte de notoriété*, n° 2).

(4) Bruxelles, 20 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 60). La cour cite les *parères* et *consultations*, pour établir un point de droit espagnol.

parère un avis de négociants sur des questions de commerce. Voici ce que Merlin en dit dans son Répertoire : « La pratique du négoce, et particulièrement des lettres de change, étant venue d'Italie, on a conservé, dans presque toutes les places de France, et singulièrement à Lyon, l'usage des *parères* : ils tiennent lieu d'*acte de notoriété* lorsqu'ils ont été donnés de l'autorité du juge conservateur, ou par une consultation particulière pour appuyer le droit de celui qui consulte (1). » Ainsi les parères ne sont autre chose que des actes de notoriété en matière commerciale. En Belgique, on a étendu la signification de ce mot en l'employant en matière civile. Si nos tribunaux reçoivent les parères, ils devraient aussi avoir le droit d'en délivrer.

268. La doctrine a été flottante, comme la jurisprudence. Dans une affaire qui s'est présentée devant la cour de cassation de France, Merlin suppose que l'usage des actes de notoriété est toujours admis, et partant légal; et l'arrêt de la cour est conçu dans le même sens (2). Mais il faut remarquer que la cour n'était pas saisie de la question, et l'on était encore en 1809 sous l'influence de l'ancien droit qui venait à peine d'être abrogé. Quand la difficulté fut soumise à la cour, elle se prononça contre la légalité des actes de notoriété, et Merlin se rangea de cet avis. Un tribunal de première instance avait délivré un acte de notoriété dans les termes suivants : Les deux chambres composant le tribunal se réunirent dans la salle d'audience, où s'étaient rendus aussi la majeure partie des avocats portés au tableau, et le président de la chambre des avoués, d'après l'invitation du président, et en vertu d'une ordonnance par lui rendue au bas d'une requête d'un avoué, qui, au nom du président de chambre de la cour de Limoges, demandait un acte de notoriété sur le sens de l'article 219 de l'ancienne coutume de la province de la Marche. Le président fit son rapport, et invita ensuite le ministère public à prendre des conclusions. Le

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Parère*.
(2) Rejet, 8 juin 1809 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 387 1°).

procureur du roi, après avoir rappelé les anciens principes, requit que l'acte de notoriété fût accordé. Les avocats et le président de la chambre des avoués déclarèrent partager l'opinion développée par le ministère public. Puis le tribunal, après avoir délibéré, attesta en quel sens la coutume avait été entendue par les anciens jurisconsultes la sénéchaussée, le président et les tribunaux qui prirent leur place. Le tribunal ordonna que cet acte de notoriété serait déposé au greffe, pour valoir et servir ce que de raison. Pourvoi dans l'intérêt de la loi. Le procureur général exposa ce que les actes de notoriété avaient été dans l'ancien droit; aucune loi ne les avait autorisés, et ils prêtaient à beaucoup d'abus. Dans notre nouvel ordre judiciaire, dit-il, les actes de notoriété sont devenus impossibles. Un tribunal ne peut se mouvoir, agir, ouvrir son audience que pour les affaires qui lui sont expressément attribuées par la loi; les matières de sa compétence, les règles de sa procédure, les objets de ses délibérations, tout est tracé par les codes. Or, loin d'autoriser les actes de notoriété, nos lois les prohibent. En effet, de quoi s'agit-il? D'une sorte d'enquête, d'un acte d'instruction, d'une preuve et de la manière de la recueillir; or cette preuve ne figure point parmi celles que le code civil admet, et cette manière de procéder est formellement prohibée par l'article 1041 du code de procédure, lequel abroge les anciens usages et règlements relatifs à la procédure civile. La cour annula comme contenant excès de pouvoir l'arrêté en forme d'acte de notoriété délivré par le tribunal : elle visa l'article 5 du code civil et l'article 1041 du code de procédure (1). Je crois que la cour de cassation a bien jugé, mais il me reste un scrupule. Les actes de notoriété ne sont pas l'exercice d'une juridiction, puisque aucune contestation n'est soumise au tribunal; c'est plutôt l'exercice d'une juridiction gracieuse. En théorie, il n'y a aucun principe qui s'oppose à ce qu'une cour constate le droit que l'on suit dans le pays où elle rend la justice; c'est un moyen d'éclairer les tribunaux étrangers; et si

(1) Cassation, 24 avril 1824 (Dalloz, au mot *Acte de notoriété*, n° 4, 2°). Comparez Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mariage*, § VII, n° 1

les formes et les conditions étaient réglées par des traités, les actes de notoriété seraient certainement le meilleur moyen d'éclairer les juges étrangers. Or, n'est-ce pas une obligation pour les peuples de s'entr'aider dans la distribution de la justice?

269. La jurisprudence française et belge est fondée sur un principe qui pourrait bien être une confusion d'idées. Elle considère le droit étranger comme un fait; ce fait doit être prouvé, et la preuve doit se faire d'après le droit commun. De là on conclut que, les actes de notoriété n'étant pas compris parmi les preuves légales, cette preuve n'est pas admissible, et que, si elle existait dans l'ancien droit, elle est abrogée par le code de procédure. Est-il vrai que le droit étranger soit un fait, en ce sens qu'il doit être prouvé d'après le droit commun? Je dois constater d'abord que le principe consacré par notre jurisprudence est également admis par le droit anglo-américain, et sans controverse aucune; on pose comme règle que les cours ignorent les lois étrangères et n'en tiennent aucun compte, que les parties intéressées doivent les prouver, comme on établit des faits en justice (1). Cette doctrine s'est aussi fait jour en Allemagne (2); on doit donc la considérer comme faisant partie du droit civil international. Si on la prend au pied de la lettre, c'est une confusion d'idées, et si l'on admettait la formule du droit anglo-américain, on aboutirait à la négation du droit international privé.

Pour qu'il y ait un droit civil international, il faut admettre avec Savigny une communauté de droit entre les nations. De ce principe découle une conséquence évidente, c'est que les lois de tous les pays ont la même valeur aux yeux du juge. Dans les affaires qui doivent être décidées par le droit international, le juge ne peut pas dire qu'il ne connaît que sa loi nationale, cela serait contradictoire dans les termes; il est juge international, et comme

(1) Voyez les nombreuses décisions citées par Story, *Conflict of laws*, § 637, p. 787 de la 7e édition.

(2) Voyez les auteurs cités par Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 208, note 1.

tel, il doit tenir compte des lois étrangères aussi bien que des lois nationales. La nature de l'affaire exige-t-elle que la loi étrangère soit appliquée, le juge doit le faire; il ne peut donc pas se renfermer dans sa loi nationale, et dire qu'il ne connaît pas de loi étrangère; il doit, au besoin, l'appliquer d'office, comme il le fait pour les lois de son pays; donc il doit la connaître. La règle que la loi étrangère est un fait ne peut concerner que la preuve, et même ainsi considérée, elle a besoin d'une restriction pour être vraie. On semble dire que la loi nationale n'a pas besoin de preuve, tandis que la loi étrangère a toujours besoin d'être prouvée. Cela n'est pas exact. Tout doit être prouvé en justice; l'existence de la loi, aussi bien que les faits de chaque cause. Il n'y a, quant au principe, aucune différence entre la loi nationale et les lois étrangères. Seulement la preuve peut être plus difficile quand il s'agit de la législation d'un pays éloigné. La loi nationale est publiée dans les formes légales, ce qui lui donne une force authentique; tandis que les lois étrangères ne sont pas publiées hors de l'Etat sur lequel elles étendent leur empire. En ce sens, le juge anglo-américain peut dire : Je ne les connais pas, puisque je ne suis pas présumé les connaître, tandis qu'il est légalement présumé connaître les lois nationales. Est-ce à dire que les lois nationales ne doivent jamais être prouvées? On a plaidé devant la cour de cassation de Belgique sur l'authenticité du texte d'une loi française qui est aussi la nôtre : le jeune avocat qui soutenait le pourvoi s'était procuré une copie authentique de la minute du texte, et il en résultait que l'édition officielle était fautive. Ces cas sont rares : le juge a sous les yeux le texte officiel, publié soit dans un bulletin des lois, soit dans un journal officiel, et généralement ce texte est une copie exacte de la minute, à raison du grand soin que l'on apporte à l'impression des lois. La preuve peut être plus difficile pour les lois étrangères, mais la difficulté de la preuve ne modifie point les principes qui régissent la nature de la preuve.

Si la loi étrangère était un fait, il faudrait appliquer les règles que les codes établissent sur les preuves légales.

Parmi ces preuves se trouvent l'aveu et le serment. Conçoit-on que l'on défère le serment sur l'existence d'une loi, ou sur la conformité du texte produit en justice avec la minute de la loi? Le serment est une transaction : transige-t-on sur le droit? et dépend-il des parties intéressées de déterminer le droit que le juge devra appliquer? Ces questions n'ont point de sens. Ce que je dis du serment est aussi vrai de l'aveu. Un fait peut être constaté par l'aveu des parties; encore faut-il que le fait soit de nature à pouvoir être avoué. Or, le droit que le juge doit appliquer à la contestation est-il un fait qui dépende de la reconnaisance que les parties en font? Je suis étonné que Mittermaier ait défendu cette doctrine, qui est une hérésie juridique (1). Il n'est pas vrai, comme il le dit, que la loi soit un fait qui se prouve d'après le droit commun; la loi est une déclaration solennelle du pouvoir législatif, organe de la souveraineté nationale. Il n'est pas vrai non plus qu'il ne s'agisse que de l'intérêt des parties plaidantes et que l'intérêt général soit hors de cause : toute loi n'est-elle pas essentiellement d'intérêt général? et les parties peuvent-elles, par leurs reconnaissances et leurs renonciations, modifier ce qui est d'intérêt public? C'est ce que dit très bien Schaffner, un avocat, et par conséquent ayant le sens pratique, tandis que les professeurs décident à priori, comme s'il s'agissait de formules d'algèbre. Mais, chose singulière, après avoir rejeté l'aveu, Schaffner admet le serment, en y ajoutant cette réserve : pourvu que le serment soit admissible d'après les circonstances de la cause : est-ce que le serment peut jamais être déféré sur un objet qui n'est point dans le commerce? Et Mittermaier, qui admet l'aveu, rejette la preuve testimoniale, parce que le droit n'est pas un fait qui tombe sous les sens, que l'on voit ou que l'on entend : le témoin devrait déposer sur ce qu'il sait, or pour savoir le droit, il faut être juriste. Sans doute, mais pourquoi ne choisirait-on pas les témoins parmi les légistes?

(1) Mittermaier, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XVIII, p. 75. En sens contraire Schaffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 108, § 260.

Je crois qu'il faut écarter la maxime anglo-américaine qui assimile la loi à un fait, et applique à ce fait les principes qui régissent la preuve en matière d'intérêts privés. L'assimilation est fausse, et elle doit conduire à de fausses conséquences. La loi est essentiellement d'intérêt général; elle concerne la distribution de la justice, tandis que les faits juridiques sont d'intérêt privé. De cette différence essentielle doivent résulter des différences en ce qui regarde les modes de preuve. Cela est d'évidence pour le serment et l'aveu, et cela me paraît tout aussi certain pour les présomptions : qui a jamais songé à prouver le droit par des présomptions légales? La question n'a point de sens. Les présomptions de l'homme sont admissibles dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale; la preuve par témoins peut-elle servir à établir un point de droit? Pour ce qui regarde les usages et coutumes, l'affirmative ne saurait être contestée, puisqu'une pratique séculaire a consacré ce mode de preuve : les enquêtes par turbes, et les actes de notoriété ne sont autre chose que des témoignages. Faut-il en conclure que les présomptions de l'homme seraient admises comme preuve du droit? La question n'a point de sens non plus, les présomptions ne sont que des probabilités, comme dit le code Napoléon (art. 1349), des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu : peut-il être question d'établir le droit, qui doit être certain, sur un raisonnement? Où serait bien le *fait connu*, d'où l'on induirait, par voie d'argumentation, le fait inconnu du droit?

On voit combien il est chanceux d'établir une analogie, voire même l'identité entre le *fait* de la *loi* et les faits juridiques que le législateur a en vue, quand il établit des règles sur les preuves. Il en est même ainsi de la preuve testimoniale. On entend en justice ceux qui ont vu ou entendu un fait ou une circonstance que le juge doit connaître pour décider un procès; la loi détermine les conditions que doivent réunir les témoins. Appliquera-t-on le droit commun aux enquêtes qui seraient ordonnées pour établir l'existence d'un point de droit? Pour se con-

vaincre du contraire, on n'a qu'à consulter les règles que l'on suivait dans les *enquêtes par turbes*, et celles que l'on observait pour la rédaction des actes de notoriété, dont j'ai dit un mot ci-dessus. Autre est le témoignage que le juge reçoit pour établir un fait matériel ou juridique, et la déposition qui a pour objet de prouver l'existence d'une regle de droit : celle-ci pourrait être comparée plutôt à une expertise. Les Anglo-Américains qualifient effectivement d'experts les hommes de loi qui viennent déposer de ce qu'ils savent du droit étranger, sur lequel le juge les consulte; les lois ordinaires sur la qualité des témoins sont ici inapplicables; tout dépend de la science et de l'honorabilité de l'expert.

La preuve littérale elle-même, la plus commune et la plus sûre, diffère selon qu'il s'agit d'un fait ou d'une règle de droit. Pour les actes d'intérêt particulier, on distingue les écrits sous seing privé et les actes authentiques. Il ne peut guère être question d'un acte sous seing privé proprement dit, pour établir un point de droit : on invoque les jugements, or les jugements sont des actes authentiques. Les actes authentiques eux-mêmes ne sont point dressés pour constater le droit; le droit écrit se constate par des lois; le droit non écrit, par des enquêtes, des actes de notoriété, par les auteurs qui ont écrit sur les coutumes, ou par la jurisprudence. Donc la notion ordinaire des actes authentiques n'a rien de commun avec la preuve du droit.

270. En définitive, pour une preuve spéciale, il faudrait une loi spéciale. Dans l'ancien droit, on avait d'abord les enquêtes par turbes et puis les actes de notoriété. Les enquêtes sont abolies depuis 1677; les actes de notoriété n'existent plus en droit français. C'est une lacune dans notre législation. Je ne connais qu'une seule loi qui ait prévu la difficulté, encore est-elle toute spéciale : en Prusse, une ordonnance ministérielle a déclaré que le moyen le plus sûr de constater le droit anglais devant les tribunaux était de prendre l'avis de deux jurisconsultes anglais. Il faut que l'autorité dont jouissent ces jurisconsultes soit notoire, ou dûment attestée; de plus leur

avis doit être légalisé. Il va de soi que la partie adverse est admise à faire la preuve contraire (1). C'est bien là ce que l'on appelle en Belgique des parères, et ce que l'on appelait jadis des actes de notoriété : le témoignage d'hommes compétents. Du droit coutumier on peut dire que c'est un fait, en ce sens qu'il s'établit par témoins; seulement ces témoins doivent être des hommes de loi, et leur avis doit être appuyé sur des actes judiciaires, des jugements, des contrats, comme le dit le président Bouhier. La preuve d'une coutume soulève encore d'autres difficultés. Il faut d'abord qu'il soit bien constant que, dans le pays dont il s'agit de constater le droit, on admet les usages. En Belgique et en France, l'élément coutumier n'a qu'une valeur très restreinte, les anciennes coutumes étant abrogées par le code civil, sauf dans les cas assez rares où le code les maintient, et la formation de nouvelles coutumes est sujette à controverse : de fait, je ne connais pas de droit coutumier postérieur au code. Il en est autrement du droit anglo-américain, il consiste presque tout entier en coutumes. Mais c'est un droit qui varie, avec la jurisprudence, car il se fonde surtout sur les décisions des tribunaux, et que de fois lisons-nous dans les traités de droit international que telle règle ou interprétation était admise, mais qu'elle est rejetée aujourd'hui (*overruled*).

Quand le droit consiste en lois, soit séparées, soit réunies en codes, la preuve paraît, au premier abord, très facile, et elle l'est dans les pays où ces lois ont été portées. Il est rare qu'en France et en Belgique il s'élève une difficulté sur la preuve d'une loi, comprise ou non dans le code Napoléon; on produit le texte officiel, ce qui est décisif, sauf, s'il y a lieu, à le collationner avec la minute. Mais en pays étranger nos codes n'ont plus cette certitude. On produit, je suppose, le texte officiel du code Napoléon, l'édition de 1807, devant une cour d'Angleterre ou des États-Unis. Le juge y lit (art. 1907) que

(1) Ordonnance ministérielle du 9 décembre 1819 (Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 211, note 5).

l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi : s'il rend un jugement sur la foi de ce texte, il se trompera. Le texte l'induira encore en erreur quand il lira dans l'article 726 qu'un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire de l'empire, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément à l'article 11. » Ces articles sont abrogés par des lois nouvelles que le juge étranger n'est pas tenu de connaître. Je suppose que le litige doive être décidé d'après le droit belgique. On apprend au juge que le code français est encore en vigueur chez nous. S'il le consulte sur une question de régime hypothécaire, il sera induit en erreur par le code de 1807, puisque nous avons une loi nouvelle. Dira-t-on que le juge étranger doit consulter les ouvrages écrits en France et en Belgique? Sans doute, mais nous voilà, en dehors des textes, sur le terrain des témoignages. Ces témoignages imprimés en exigent d'autres : qui apprendra au juge américain quels sont les traités qu'il doit consulter? Ouvre-t-il un traité de droit civil international, et ce sont bien ces ouvrages qui devraient lui donner les renseignements qu'il cherche, il y trouvera cités les commentaires de Rogron, qui en Belgique ne se trouvent plus que dans la bibliothèque des praticiens de bas étage : il aura sous les yeux un témoignage qui le trompe. Il lui faut donc un témoin qui lui indique les livres qui l'éclaireront au lieu de l'égarer. Ce n'est pas tout. Le texte du code civil, bien que ce soit un chef d'œuvre si on le compare aux lois anglaises, n'apprendra pas au juge anglais comment on interprète la loi qu'il a sous les yeux, et c'est cependant là ce qui l'intéresse le plus. Consultera-t-il un traité français alors qu'il s'agit du droit belgique, il n'y trouvera pas la jurisprudence de nos cours; le long ouvrage que j'ai écrit sur les *Principes de droit civil* est le premier et le seul qui fasse connaître la jurisprudence de nos tribunaux. Qui lui apprendra l'existence de ce livre?

271. Maintenant on comprendra les difficultés qui se présentent en foule devant un tribunal anglais ou améri-

cain quand il est appelé à décider une question qui doit être jugée d'après le droit français ou belgique. Dans une affaire célèbre (1), que la chambre des lords renvoya devant les meilleurs jurisconsultes d'Angleterre, les juges se trouvèrent en désaccord sur la preuve du droit français : fallait-il s'en rapporter au code civil? Oui, dit lord Campbell; il vaut mieux consulter le code Napoléon, qui nous apprend ce que le législateur français a décidé, que d'entendre un témoin dont la mémoire peut être en défaut, ou dont l'esprit peut être prévenu par une cause quelconque. Non, dit lord Brougham, le code ne nous apprendra rien, si un témoin ne vient avant tout nous dire ce que signifie la disposition du code que l'on allègue. Il faut que le témoin connaisse le texte, la doctrine et la jurisprudence. Ou trouver ce témoin? On cite de singuliers témoignages portés devant les tribunaux anglais : un témoin, se disant conseil (counsellor of the supreme court of the United States) de la cour suprême des États-Unis, déclara qu'un mariage mormon célébré à Utah, par Brigham Young, serait reconnu valable par ladite cour; ce témoignage, dit Wharton, sans doute donné en conscience, était en opposition formelle avec le texte des lois fédérales (2). Cependant, on tient comme règle, dans la pratique anglo-américaine qu'un témoin, *peritus ex virtute officii*, offre plus de garantie, en matière de preuve, que la loi. Et il y a des cas où cela est d'évidence. Il s'agit de savoir quel est le droit des colonies espagnoles sur une question soumise à un juge anglais, on produit les recueils de lois, qui commencent par les lois des Wisigoths et finissent par les décrets rendus pour les colonies ou par les colonies; comment un juge étranger saura-t-il quel est le droit obligatoire au dix-neuvième siècle, dans ce dédale ou il s'égarera nécessairement, s'il n'a point de fil conducteur? Et quand même il n'y aurait aucun doute sur le texte qui doit être appliqué, le juge étranger sera-t-il sûr de le comprendre, quand il a sous

(1) *Sussex Peerage Case* (Story), *Conflict of laws*, p. 792 et 793, note.
(2) Wharton, *Conflict of laws*, p. 508, § 774.

les yeux une loi, écrite dans une langue qu'il connaît imparfaitement, loi dont il ignore l'origine, le but, la tendance! Certes un légiste lui en apprendra plus que la lettre de la loi (1). Encore faut-il que ce légiste soit *peritus ex virtute officii*. Et comment trouver en Angleterre ou aux Etats-Unis ces témoins d'un droit étranger? On a admis devant une cour anglaise le témoignage d'un maître d'hôtel belge, sur une question de droit belgique, parce que jadis il avait été agent de change à Bruxelles!

On est effrayé des conséquences qui doivent résulter de cette incertitude de la loi quand il s'agit du droit étranger. Le juge n'est pas même sûr que la loi qu'on produit devant lui est la vraie loi. Il faut qu'un témoin l'atteste. Mais qui a qualité pour porter témoignage en cette matière? Suffira-t-il, comme cela se pratique en Angleterre, que le témoignage soit confirmé par un serment? Le serment atteste la véracité du témoin, mais n'est certes pas un garant de sa science. Que l'on songe aux faits que le témoin doit attester. Avant tout, que la copie imprimée qu'on lui soumet est conforme au texte officiel, et que ce texte officiel est la reproduction exacte de la minute. Si l'on exigeait une preuve sérieuse de ce fait, elle serait impossible; le juge ne devrait pas se contenter d'un témoignage, il devrait demander une copie authentique et légalisée de la minute de la loi : et où chercher la minute des lois rendues par les conciles d'Espagne, sous la domination des Wisigoths? La justice, dit un juge anglais (2), devrait s'arrêter impuissante, si l'on devait appliquer rigoureusement aux lois les principes qui régissent la preuve. Il faut lire, dans Story (3) et Wharton (4), les décisions judiciaires, les opinions divergentes des juges, pour se faire une idée de l'embarras inextricable où ils se trouvent, rien que pour s'assurer de l'authenticité des lois. Je mentionne toujours les juges;

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 512 et 513, § 377.
(2) Lord Langdale, l'un des juges du *Sussex Peerage Case* (Story, *Conflict of laws*, p. 794, de la 7e édition, en note).
(3) Story, *Conflict of laws*, p. 789-794, de la 7e édition.
(4) Wharton, *Conflict of laws*, p. 507-515.

mais est-il bien sûr que ce soient les juges qui décident la difficulté, ou n'est-ce pas plutôt le jury qui, chez les Anglo-Américains, concourt à l'exercice de la justice civile? On répond d'ordinaire, d'après Story, que la preuve de la loi, quoique celle-ci soit considérée comme un fait, s'adresse au juge (1), ce qui paraît très logique, puisque le fait est légal, et suppose, chez celui qui l'apprécie, des connaissances spéciales et l'habitude de l'argumentation juridique. Mais Story apporte bien des restrictions à son opinion. Quand la preuve consiste dans le témoignage oral d'un *expert* sur l'existence ou l'interprétation d'un statut, ou sur un point de droit non écrit, le jury doit apprécier les témoignages, comme il le fait pour toutes autres dépositions. Vient ensuite une nouvelle restriction : il appartient à la cour de déterminer si l'expert est qualifié pour déposer en cette matière, et s'il s'agit d'une loi ou d'un arrêt, la cour seule est compétente pour en déterminer le sens et l'effet. Cela est-il au moins sûr? Non, le commentateur américain de Story affirme que la doctrine de Story n'est pas admise par les cours des États-Unis, et Wharton fait de nouvelles distinctions, dans lesquelles je crois inutile d'entrer (2). Dans tous les systèmes, le jury peut être appelé à se prononcer sur des questions qui concernent le droit. En Belgique, on serait épouvanté, et avec raison, de voir des premiers venus décider des questions qui embarrassent les jurisconsultes, alors que nos jurys apprécient les faits avec une inintelligence parfois scandaleuse : Dieu nous garde de pareils juges! A chacun son métier.

272. En définitive, il y a une lacune dans notre législation. Le système des preuves a été organisé en vue de faits juridiques ou matériels, d'un intérêt privé : le législateur n'a pas songé à la preuve des lois qui doit se faire dans les matières qui dépendent du droit civil international. Vainement on a essayé d'étendre la preuve des faits à la preuve des lois : on se heurte à chaque pas à

(1) Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 212.
(2) Story, *Conflict of laws*, §§ 638 et 638a. Wharton, *Conflict of laws*, p. 506 et 507.

des difficultés et à des impossibilités. Il n'y a qu'un moyen de les prévenir, ce sont les traités. Story rapporte ce qui s'est passé entre le gouvernement français et la cour des Etats-Unis. En France, il existe un recueil authentique des lois, sous le titre de Bulletin des Lois, imprimé à l'imprimerie royale, impériale, ou nationale. Le ministre de la justice envoya la collection des bulletins à la cour des Etats-Unis, avec cette inscription : *Le garde des sceaux* de France à la cour suprême des Etats-Unis. Le Congrès constata le don par un acte, en autorisant la cour suprême à envoyer en don au gouvernement français une collection des lois, résolutions et traités des Etats-Unis, ainsi qu'un recueil complet des décisions rendues par la cour. Story ajoute que l'envoi officiel fait par le garde des sceaux imprime l'authenticité aux lois contenues dans le Bulletin, et dispense de toute autre preuve, au grand avantage des justiciables, Français voyageurs ou établis dans l'Union américaine; et il ne doute pas qu'en France on ne regarde également comme authentiques les lois, traités et arrêts compris dans l'envoi fait par la cour des Etats-Unis au garde des sceaux. Le jurisconsulte américain émet le vœu que ces rapports entre les deux pays continuent et qu'ils s'étendent à tous les Etats : ce serait un immense bienfait pour la distribution de la justice (1).

Il y a encore bien d'autres vœux à faire pour faciliter l'exercice de la justice internationale. Ce n'est pas seulement le juge qui doit connaître les lois étrangères; ceux qui traitent avec un étranger ont le plus grand intérêt à savoir s'il est capable ou incapable, et il ne suffit pas qu'ils sachent qu'il est frappé d'incapacité, ils doivent avoir une connaissance exacte de l'étendue et des effets de son inhabilité. La publicité qui règne dans la vie politique devrait aussi présider à tous les actes de la vie civile. Malheureusement notre droit date d'une époque où le législateur aimait la clandestinité : c'est un des grands défauts du code Napoléon; au lieu d'entrer dans les voies

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 794, note (7e édition)

d'une large publicité, il a reculé, en désertant la législation révolutionnaire qu'il aurait dû compléter. En Belgique nous avons repris notre tradition nationale des coutumes de nantissement, et le législateur belge a généralisé la publicité des hypothèques, que le code civil restreignait par la clandestinité des hypothèques légales. La publicité a été étendue à des actes qui intéressent essentiellement les tiers, les conventions matrimoniales. Mais ces innovations ne concernent que le droit civil interne; on n'a pas songé au droit civil international. Ici tout est à faire, à commencer par la publicité des lois. On ne peut pas demander que les particuliers connaissent les lois étrangères, c'est à peine s'ils ont une notion confuse des lois nationales; mais au moins les hommes de loi devraient être initiés à cette connaissance par l'enseignement, cet instrument inappréciable de culture, dont on commence seulement à apercevoir l'importance. Des cours de législation comparée ne suffisent point; il faut que les lois étrangères soient connues ou puissent du moins l'être par ceux qui ont intérêt à les connaître. La diplomatie a ici une grande tâche à remplir. Je viens de dire le vœu émis par un éminent jurisconsulte des Etats-Unis : ce que Story demande serait si facile à réaliser : un échange, entre toutes les nations civilisées, des recueils officiels des lois, qui devraient se trouver dans les bibliothèques publiques des villes où siégent les hautes cours de justice, et où sont aussi établies les Universités. Il ne suffit pas de posséder les corps de lois, il faut les comprendre : les meilleurs commentaires et les traités scientifiques devraient être compris dans cet échange international inauguré par la France et les Etats-Unis. Ici se rencontre une nouvelle difficulté : l'ignorance des langues dans lesquelles les lois sont écrites. C'est encore une lacune à combler dans notre enseignement. Il n'y a pas un seul cours de langues étrangères dans les universités de France et de Belgique! L'Allemagne nous a devancés; hâtons-nous de suivre son exemple, si nous ne voulons pas être accusés de barbarie. Une société s'est formée en France pour la traduction des lois étrangères. Le travail

est d'une difficulté extrême ; je crois qu'il ne pourrait être exécuté avec exactitude que dans les pays mêmes où les lois ont été portées, par des jurisconsultes indigènes, aidés d'hommes versés dans l'étude des langues étrangères. Le français est la langue de la diplomatie ; pourquoi ne serait-il pas la langue de la traduction des lois ? C'est une œuvre internationale ; pour la mener à bonne fin, il faudrait des commissions internationales, composées de jurisconsultes et de lettrés, hommes d'élite.

J'invoque l'appui de la diplomatie pour obtenir l'échange international des lois, des commentaires, et pour présider au travail de traduction. Ceci n'est encore qu'un petit commencement de l'œuvre à laquelle elle est appelée : réaliser la communion de droit entre les nations. Il faut que les principes du droit international privé soient déposés dans des traités ; et l'on pourrait y joindre, pour chaque pays, les extraits des lois étrangères qui se rapportent aux relations internationales, et que les tribunaux étrangers sont dans le cas d'appliquer. Les traités sont publiés légalement comme les lois ; de cette manière le droit étranger aurait une publicité légale tout ensemble et une publicité de fait.

Les traités serviraient aussi à organiser une publicité pour les actes de la juridiction volontaire et contentieuse dont la connaissance intéresse les hommes de tous les pays. Nos registres de l'état civil sont publics, parce qu'ils intéressent les tiers, mais ils sont incomplets, même en ce qui regarde les nationaux ; le code Napoléon prescrit seulement la transcription sur nos registres des actes de célébration des mariages contractés en pays étranger (art. 171) ; il y a une raison identique d'ordonner la publicité de tous les actes qui intéressent les Belges, et il faudrait étendre cette publicité à tous ceux qui sont établis en pays étranger. La publicité des actes de l'état civil proprement dits ne suffit point. Nos lois n'ordonnent pas de rendre publics les jugements qui prononcent la séparation de corps : cependant il en résulte un changement considérable dans la capacité de la femme et dans les droits du mari sur ses biens. Les jugements qui placent

les prodigues ou les faibles d'esprit sous conseil judiciaire, ceux qui prononcent l'interdiction, ou qui ont pour conséquence l'interdiction légale, ou ne sont pas rendus publics, ou n'ont qu'une publicité insuffisante. Quant aux étrangers, leur état civil, dans la plus large acception du mot, est entièrement inconnu. J'ai fait, dans le cours de ces Études, des propositions tendantes à éclairer les tiers qui contractent avec les étrangers. Ne pourrait-on pas organiser une publicité générale, des registres concernant spécialement les étrangers, où l'on trouverait la mention de tous les faits qui intéressent les tiers?

On a dit qu'il n'y a plus d'étrangers : tel n'est pas encore le droit commun, mais telle est du moins la tendance des législations modernes. L'Italie a, la première, proclamé l'égalité des étrangers et des nationaux, en ce qui regarde la jouissance des droits privés; la Belgique ne tardera pas à suivre cet exemple; l'Angleterre elle-même entre dans ce mouvement cosmopolite. D'un autre côté, le mouvement prodigieux des communications augmente tous les jours le nombre des étrangers passagers ou résidents. S'il n'y a plus de différence légale entre eux et les nationaux, si on leur reconnaît partout la jouissance de leur droit national, il importe aussi que leur état, leur capacité, leur droit soient connus des tiers avec lesquels ils traitent : c'est une conséquence nécessaire du nouvel ordre de choses. La diplomatie doit mettre la main à l'œuvre pour régulariser la révolution qui s'accomplit dans les relations des peuples et des individus.

§ II. *De l'autorité des lois étrangères.*

273. D'après le droit français, les étrangers sont régis en France, par leur statut personnel, en ce qui concerne leur état et leur capacité (n° 46) : c'est dire que les tribunaux français doivent appliquer les lois étrangères quand l'état des personnes est en cause. Le code italien va plus loin : il étend ce principe aux droits de famille, et notamment au droit de succession, le plus considérable des

droits privés. Bientôt la Belgique revisera sa législation civile, et elle y inscrira ce même principe, de la personnalité du droit. Les tribunaux nationaux seront donc appelés partout à appliquer les lois étrangères. Dans mon opinion, c'est une obligation pour le juge (nos 48-52 ; on ne conçoit pas que le juge soit libre d'appliquer la loi étrangère ou la loi nationale, car il est de l'essence de la loi de lier le juge. Ici cependant, nous rencontrons déjà un doute sérieux. La doctrine que je viens de résumer est admise par ceux qui reconnaissent une loi personnelle, indépendante de l'intérêt national, et, à plus forte raison, indépendante de l'intérêt des nationaux. Mais la loi personnelle de l'étranger, ainsi entendue, n'est pas admise par les Anglo-Américains, et elle n'est pas généralement admise par la doctrine et la jurisprudence, lesquelles subordonnent l'application de la loi de l'étranger à l'intérêt français. Dans cet ordre d'idées, il ne peut plus être question d'une obligation proprement dite d'appliquer les lois étrangères, puisque tout dépend de l'appréciation du juge (n° 49). De là suit que les décisions des tribunaux ne sont pas sujettes à cassation, la cour suprême ne peut pas casser les jugements et arrêts qui ne violent aucune loi française; et on suppose que le législateur n'a pas fait une obligation aux juges nationaux d'appliquer la loi étrangère, ou du moins que cette application est subordonnée à l'intérêt français : la décision est de fait, dans ce cas, et non de droit, ce qui rend le recours en cassation impossible. Pour qu'il y ait lieu à cassation, il faut supposer qu'une loi française oblige les tribunaux à juger d'après la loi étrangère; tel est l'article 47 du code Napoléon, qui applique aux actes de l'état civil le principe *Locus regit actum*, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays. L'article 170 reproduit cette disposition pour le mariage, et l'article 999 l'étend aux testaments authentiques qu'un Français fait en pays étranger. De même la loi hypothécaire belge dispose que l'hypothèque des immeubles situés en Belgique, si elle est constituée en pays étranger, doit être établie par

acte authentique dans les formes prescrites par les lois de ce pays pour son authenticité. Si un tribunal, dans l'un de ces cas, décidait qu'un acte reçu en pays étranger est valable, quoiqu'il n'eût pas été fait dans les formes usitées dans ledit pays, il y aurait recours en cassation, puisqu'une loi nationale aurait été violée. Par contre, lorsque la loi nationale ne prescrit point l'application des lois étrangères, le recours en cassation devient impossible. Vainement dirait-on que le tribunal a violé une règle admise par le droit civil international; le droit des gens n'a point de force obligatoire, en ce sens que les principes qu'il établit ne sont pas sanctionnés par une loi, et tant qu'il n'y a point de loi violée, il ne peut s'agir de cassation. Ainsi jugé par la cour de cassation de Belgique : « Attendu que la violation des principes du droit des gens ne peut donner ouverture à cassation que pour autant qu'ils soient consacrés par un texte de loi, cité à l'appui de la requête (1). » Ce que la loi dit du droit des gens s'applique au droit international privé, puisque le droit civil international fait partie du droit des gens, et il y a d'ailleurs même motif de décider.

274. Ces principes sont consacrés par la jurisprudence française et belge. La cour de cassation de France a rendu un arrêt doctrinal sur la matière, dans les circonstances suivantes. Il s'agissait de savoir si le mariage contracté en 1788, à Griesheim, dans le grand-duché de Hesse, entre Frédéric-Auguste, prince et landgrave de Hesse, et Carolina Seitz, était valable d'après le droit hessois. Le pourvoi prétendait que la cour de Colmar s'était trompée, en validant le mariage, sur le sens de la législation hessoise de cette époque. Le moyen fut rejeté par la chambre des requêtes : « Attendu que, dans le cas où, comme le suppose le pourvoi, l'arrêt attaqué se serait trompé sur les exigences de la législation hessoise en 1788, cette erreur ne pourrait entraîner sa cassation : la cour de cassation instituée pour maintenir l'*unité* de la *loi française*, par l'*uniformité de la jurisprudence*,

(1) Rejet, 21 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 287).

n'ayant pas la mission de redresser la fausse application des lois étrangères, *à moins qu'elle ne devienne la source d'une contravention aux lois françaises.* » Ainsi, tant qu'une loi étrangère est seule en cause, l'incompétence de la cour de cassation est générale et absolue.

Dans l'espèce, il y avait un doute : le pourvoi soutenait que l'article 47 du code Napoléon était violé. La cour répond qu'il n'y a pas violation de cet article, puisque l'arrêt s'y est expressément conformé, en donnant foi à un acte de mariage passé en pays étranger, qu'il déclare, par une *appréciation souveraine*, avoir été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays (1). Cette décision est d'une importance extrême. La cour reconnaît que l'article 47 était applicable à l'espèce; les tribunaux français sont, par conséquent, obligés d'appliquer la loi étrangère; s'ils ne l'appliquaient pas, il y aurait lieu à cassation pour violation de l'article 47, parce qu'une loi française serait violée. Mais si le juge déclare appliquer la loi étrangère, comme il y est tenu en vertu de cet article, il s'est conformé à la loi française, partant sa décision est à l'abri de la cassation. Vainement dirait-on qu'il a violé la loi étrangère, cette prétendue violation ne donne pas ouverture à cassation, car la loi étrangère n'est qu'un fait, que le tribunal français apprécie souverainement. Ainsi, quand une loi française ordonne d'appliquer la loi étrangère, tout ce qui en résulte, c'est que le juge doit fonder sa décision sur la loi étrangère; s'il ne le faisait pas, il violerait l'article 47, et il y aurait lieu à recours en cassation; mais dès qu'il applique la loi étrangère, l'article 47 est observé ; la fausse interprétation de la loi étrangère est une violation de cette loi, il est vrai, mais la cour de cassation n'a pas mission de redresser la fausse application des lois étrangeres, ces lois n'étant, en France, qu'un fait, que le juge apprécie souverainement.

Cette doctrine est strictement légale, mais il en résulte une conséquence déplorable, c'est que les lois étrangères

(1) Rejet, 15 avril 1861 (Dalloz, 1861, 1, 420).

n'ont pas de force obligatoire en France, alors même que le législateur français déclare que le juge doit les appliquer. Car qu'est-ce qu'une loi que le juge peut impunément violer? Une hypothèque est consentie en pays étranger par un acte qui ne réunit point les conditions requises pour son authenticité ; cette hypothèque est nulle, inexistante même ; néanmoins, le tribunal belge peut la déclarer valable en décidant que l'acte est conforme à la législation étrangère. Que devient alors le principe de la solennité de l'hypothèque ? On ne peut même plus dire que le juge est tenu d'appliquer la loi étrangère ; car il est libre de la violer, tout en déclarant qu'il l'applique, tout dépendant de son appréciation souveraine. Nous allons voir que cette jurisprudence anéantit le droit international privé.

275. Une femme française épouse un Espagnol ; elle devient Espagnole ; dès lors, son état et sa capacité sont régis par la loi d'Espagne. Rentrée en France, elle s'oblige solidairement avec son mari. Cette obligation serait valable d'après la loi française, ainsi que l'hypothèque consentie pour la sûreté du créancier ; mais elle serait nulle d'après la loi espagnole, qui ne permet pas à la femme de s'obliger solidairement avec son mari. Le tribunal de la Seine annula l'obligation en se fondant sur le statut personnel de la femme qui l'avait souscrite ; mais la cour de Paris infirma le jugement : elle décida qu'il fallait apprécier la capacité de la femme espagnole d'après les lois françaises ; si l'on n'admettait pas ce principe, disait-elle, on serait soumis à autant de lois étrangères qu'il y aurait d'étrangers en France. C'est la négation du statut personnel. Dans l'opinion générale, on admet que l'article 3 du code Napoléon consacre implicitement le statut personnel de l'étranger. Que devient ce statut dans la doctrine de la cour de Paris ? Il est annulé. Sur le recours en cassation, il intervint un arrêt de rejet : « Attendu que si l'article 3 déclare que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger, il ne contient aucune disposition semblable ou analogue en faveur des

étrangers qui résident en France (1) ». Donc, il n'y a pas de loi violée. Mais ne faut-il pas interpréter l'article 3 par la tradition ? Les auteurs du code civil ont-ils entendu innover? Non certes. Donc la tradition, en cette matière, fait corps avec le code Napoléon ; elle explique et détermine le sens de l'article 3. Ainsi interprété, l'article 3 reconnaît certainement le statut personnel de l'étranger ; partant, la loi est violée quand le juge nie le statut personnel (2). Mais il n'y a pas de texte : donc, pas de recours en cassation ; et comme il n'y a pas de texte pour aucune règle de droit international privé, il n'y a jamais lieu à casser un arrêt pour violation du droit civil international. C'est dire que ce droit n'a qu'une autorité morale, comme le dit un auteur français (3), et qu'est-ce qu'un droit qui n'a qu'une autorité morale ? Ce n'est pas un droit.

276. Il s'est présenté un cas où la cour d'appel avait violé la loi étrangère, mais cette violation avait conduit à l'application de la loi française. La cour de cassation trouva cela parfaitement légal : « Attendu que l'erreur de droit qui aurait été commise par l'arrêt dénoncé, sur le sens et l'application d'une loi étrangère, a eu pour conséquence le respect de la loi française, et son exécution pour le partage d'une succession ouverte en France, et composée uniquement de biens situés en France, à laquelle ne sont appelés que des Français ; attendu que l'erreur de droit n'est pas devenue, dans l'espèce, le principe et la source d'une contravention à une loi française, et que dès lors, aucune loi française n'a été violée (4). » Cela peut être légal, mais cela n'est certes pas juridique. Que devient, dans cette jurisprudence, la communauté de droit entre les nations ? Pourvu que la loi nationale soit appliquée, tout est bien. Qu'importe la violation d'une loi étrangère !

Il y a des conséquences qui révoltent le sens juridique :

(1) Rejet, 17 juillet 1833 (Sirey, 1833, 1, 663).
(2) Voyez plus haut, p. 75, nos 45-47.
(3) Gand, *Code des Étrangers*, p. 146, n° 223
(4) Rejet, 28 avril 1836 (Sirey, 1836, 1, 749).

« Attendu, *en droit*, que lors même que les ordonnances espagnoles des 10 août 1815 et 18 octobre 1817, relatives à la naturalisation des étrangers, auraient été violées, leur violation ne pourrait pas entraîner la cassation de l'arrêt attaqué qui n'a porté aucune atteinte à la législation française (1). » Une naturalisation, nulle d'après les lois du pays où elle a été accordée, devient valable en France, en ce sens que le jugement qui la considère comme valable ne saurait être cassé. Voilà une étrange communion de droit entre les peuples !

Le titre de grandesse peut-il passer dans une famille étrangère par mariage ? Jugé négativement par la cour de Paris. Pourvoi en cassation, fondé sur la violation de la loi espagnole. La chambre civile prononça le rejet, après délibéré en chambre du conseil. L'arrêt attaqué déclarait que la loi espagnole ne reconnaît le titre de grandesse qu'autant qu'il a été confirmé par l'autorité souveraine. Cette décision, dit la cour de cassation, fondée sur l'appréciation des lois d'un pays étranger, ne pourrait donner ouverture à cassation qu'autant qu'elle serait en opposition avec les lois de France, ce qui n'existe point dans la cause (2). Ainsi on peut, à la rigueur, être grand d'Espagne en France sans l'être en Espagne, et réciproquement ? Soit ; le mal ne serait pas très grand !

Il y a des applications plus importantes. Une société commerciale est mise en liquidation en Angleterre : cette situation équivaut-elle à la faillite ? Une compagnie anglaise (*The imperial Land company of Marseilles*) prétendait que, d'après la loi anglaise, la faillite est remplacée, pour les sociétés commerciales, par la mise en liquidation de la société, sous la surveillance de la cour de la chancellerie, ce qui opère tous les effets de la faillite proprement dite, et que l'arrêt avait refusé à tort de voir dans cette situation un état assimilable et équivalent, à tous égards, à la faillite. La cour de cassation conclut, comme toujours, qu'en supposant que l'arrêt attaqué fût réelle-

(1) Rejet, 9 novembre 1846 (Sirey, 1847, 1, 56).
(2) Rejet, 15 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 317).

ment tombé dans cette erreur, elle ne donnerait pas ouverture à cassation, puisqu'elle porterait sur la disposition d'une loi étrangère (1). Vérité au delà de la Manche, dans le pays où la société est établie, et erreur de ce côté-ci.

277. Il est certain que si la doctrine consacrée par la jurisprudence de la cour de cassation de France était généralement appliquée dans tous les cas où la violation de la loi étrangère n'emporte pas la violation d'une loi française, il n'y aurait pas de droit civil international. Il faudrait commencer par déterminer dans chaque pays, par la loi, les cas où les tribunaux devront appliquer la loi étrangère. Cela même ne suffirait point, puisque les jugements qui appliquent une loi étrangère ne peuvent être cassés pour fausse interprétation de la loi. Mais la jurisprudence française n'est pas aussi absolue qu'elle le paraît au premier abord. La cour de cassation fait toujours une réserve, c'est qu'il y aura ouverture à cassation dans les cas où une loi française serait violée ; il nous faut voir, avant tout, comment elle entend cette exception qu'elle apporte à la règle.

Une convention est formée en pays étranger entre un Français et un étranger. Le tribunal français, saisi de l'interprétation de cette convention, doit-il appliquer la loi étrangère ou la loi française? Voici l'espèce dans laquelle la question s'est présentée. Un Français traite à Hong-Kong, possession anglaise, pour le transport de sa personne et de ses bagages à Marseille. Il est dit, dans le bulletin délivré par la compagnie, que celle-ci ne répond pas de la perte des bagages ni des avaries ou retards qu'ils pourraient éprouver. Les bagages ayant été perdus, la compagnie est poursuivie en France comme responsable de la perte. Le tribunal devait-il appliquer la loi française telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, laquelle rend le voiturier responsable de sa faute, nonobstant toute clause contraire? Ou devait-il appliquer la loi anglaise qui permet de convenir que l'entrepreneur de transport sera

(1) Rejet, 12 novembre 1872 (Dalloz, 1874, 1, 166).

affranchi de toute responsabilité? Le tribunal de commerce de Marseille déclara la compagnie responsable; et sur l'appel, il intervint un arrêt confirmatif. Le jugement part de ce principe que les effets des contrats se déterminent d'après les lois du lieu où ils doivent être exécutés, tandis qu'ils sont soumis à la loi du lieu où ils ont été passés, pour ce qui concerne la forme. Or, dans l'espèce, le contrat de transport, consenti à Hong-Kong, devait recevoir son exécution définitive à Marseille, lieu de destination du voyageur. Donc, la loi française était applicable.

Pourvoi en cassation de la compagnie anglaise. Le demandeur nie le principe invoqué par l'arrêt attaqué. C'est, au contraire, une règle constante et universellement suivie que tout contrat, intervenu entre personnes de nationalités différentes, est soumis à la loi du lieu où il a été passé, non seulement pour sa forme, mais encore pour sa validité et son interprétation. Le ministère public conclut au rejet du pourvoi, par la raison qu'aucune loi française n'avait été violée. La cour cassa l'arrêt, pour violation de l'article 1134 du code Napoléon. Aux termes de cet article, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Pour décider si une convention a été légalement faite, il faut l'examiner d'après les règles de la législation à laquelle sa formation était soumise. Or, le voyageur français s'est embarqué à Hong-Kong, possession anglaise, en contractant avec la compagnie péninsulaire orientale; cette convention relevait de la législation anglaise, en vertu du principe qui fait régir l'acte par la loi du lieu où il a été passé quant à sa forme, à ses conditions fondamentales et à son mode de preuve. Or, l'arrêt attaqué a refusé d'examiner le litige au point de vue du statut anglais; il l'a apprécié selon la loi française; par là, il a expressément violé l'article 1134 (1).

Cette décision a été critiquée, au point de vue des

(1) Cassation, 23 février 1864 (Sirey, 1864, 1, 365). Comparez Demangeat dans le *Journal du droit international privé*, t. I, p. 13-17.

motifs. Est-il vrai que l'arrêt attaqué violait une loi française ? L'article 1134 dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. C'est un principe de droit français, mais l'article 1134 ne dit point que cette règle doit être appliquée aux conventions formées en pays étranger ; donc, il n'y avait point, dans l'espèce, violation d'une loi française ; et, par conséquent, d'après sa jurisprudence constante, la cour de cassation aurait dû rejeter le pourvoi. Cela est vrai ; mais on peut justifier la décision de la cour en donnant une interprétation plus large au principe que sa jurisprudence a consacré. Il ne faut pas, pour qu'il y ait lieu à cassation, qu'une loi française déclare que la loi étrangère doit être appliquée ; il suffit qu'une loi française soit violée, par suite de la violation de la loi étrangère, ou qu'il y ait violation simultanée des deux lois, le principe de la loi étrangère étant identique avec le principe de la loi française. Or, dans la cause actuelle, l'arrêt attaqué avait posé un faux principe, contraire à la loi française tout ensemble et à la loi étrangère, lesquelles veulent que la loi du contrat soit celle du lieu où il a été passé. Cette règle est fondée précisément sur l'article 1134 (1), c'est donc une loi française qui avait été violée. L'article 1134, tel que la jurisprudence française l'interprète, veut que le contrat soit régi par la loi du lieu où il est passé; l'arrêt attaqué avait refusé d'appliquer la loi locale, donc il avait violé l'article 1134, partant il devait être cassé pour violation d'une loi française.

278. La cour de cassation a encore cassé, pour des motifs analogues, un autre arrêt de la cour d'Aix. Par un acte de puissance publique, le bey de Tunis avait fait concession à un comte de Sancy d'un domaine, à l'effet d'y créer des haras. Le concessionnaire céda tous les bâtiments, plantations, labours, animaux et travaux faits jusqu'alors sur la concession ; puis il forma avec le cessionnaire une société pour l'exploitation. Un procès s'engagea ayant pour objet la nullité de la cession et de la

(1) Je reviendrai sur ce principe, en traitant des conventions.

société. Pour décider la difficulté, la cour examine le sens et la portée du décret de concession. Le décret accordait la concession au comte de Sancy personnellement, en lui donnant uniquement le droit de disposer à titre de location, suivant la législation du pays, de la portion de terrain qui pourrait être inutile pour l'exploitation de la concession ; sauf, toutefois, les ventes déguisées, qui, même pour les portions superflues, lui étaient formellement interdites. La cour d'Aix dénatura le décret, en le considérant comme un contrat synallagmatique de droit privé, et méconnaissant ses dispositions, elle décida, sous prétexte d'interprétation, que le décret n'interdisait pas au concessionnaire de mettre en société l'intégralité de la concession.

Tels étaient les faits de la cause. Le défendeur opposait au pourvoi le principe que les arrêts rendus par les tribunaux français ne peuvent être cassés pour violation ou fausse application de lois étrangères ou d'actes faits par un souverain étranger en vertu de la puissance publique. La cour répond que la règle n'est applicable qu'autant que cette violation ou cette fausse application ne *deviennent pas la source d'une contravention expresse à la loi française*. Or, dit la cour, dans l'espèce, l'arrêt attaqué, contrairement au texte du décret, a admis que la concession entière avait pu faire l'objet licite d'un contrat de société, et que le concessionnaire avait pu l'y apporter pour sa part, et en disposer ; par conséquent, en déclarant valables les actes de société et de cession, l'arrêt attaqué a violé les articles 1128, 1598 et 1883 du code civil. Par ces motifs, la cour casse (1). Que disent ces articles ? Ils ne disent pas que le juge doit appliquer les lois étrangères sur la matière; on ne peut pas même alléguer que ces dispositions établissent implicitement un principe qui oblige les juges français à faire l'application d'une loi étrangère, comme on peut le dire de l'article 1134 ; ce sont uniquement des règles du droit français, sans aucun rapport avec le droit étranger. L'article 1128 porte : « Il

(1) Cassation, 18 juillet 1876 (Dalloz, 1876, 1, 497).

n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet des conventions. » L'article 1598 applique cet article à la vente : « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu. » L'article 1883 est une erreur de citation ou une faute d'impression. On chercherait vainement dans le titre de la Société une disposition qui eût un rapport quelconque avec une loi étrangère. La conséquence est importante : c'est qu'il suffit que la fausse application d'une loi étrangère devienne la source d'une contravention à une loi française pour que la décision doive être cassée.

Un arrêt très ancien, rendu sur les conclusions de Merlin, a établi le même principe en termes presque identiques. La cour dit qu'il est inutile d'examiner, dans l'espèce, si l'erreur de droit, telle que celle qui résulte de la violation ou fausse application des lois étrangères, donne par elle-même, et dans tous les cas, ouverture à cassation; il suffit que, dans l'espèce, cette erreur de droit sur le sens et l'application d'une loi milanaise, adoptée dans le royaume d'Italie, soit *devenue la source des plus expresses contraventions aux lois françaises*, pour qu'il soit indispensable d'annuler l'arrêt. Je n'entre pas dans les détails de la cause, parce que la difficulté ne peut plus se présenter, les articles du code que la cour de Gênes avait méconnus étant abrogés (1).

279. L'article 11 du code Napoléon, toujours obligatoire en France et en Belgique, dispose que l'étranger jouira en France des mêmes droits que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. Les traités sont obligatoires comme les lois; en Belgique, comme je le dirai plus loin, ils doivent recevoir l'approbation du pouvoir législatif quand ils sont faits en vertu de l'article 11. Il va donc sans dire que la violation des traités donnerait ouverture à cassation. Il a été jugé, à plusieurs reprises, par la cour de cassation, que, s'il existe des traités de réciprocité, les tribunaux français sont tenus de faire une

(1) Cassation, 1er février 1813 (Sirey-Villeneuve, XIII, 1, 113).

juste application des lois étrangères, de la même manière que les tribunaux étrangers seraient obligés, en semblable cas, de faire l'application des lois françaises (1). La cour dit une *juste* application, ce qui implique que la violation de la loi étrangère donnerait ouverture à cassation. On peut dire, en effet, que les lois étrangères s'identifient avec le traité, et deviennent obligatoires en France, au même titre que le traité même. La cour casse, dans ce cas, pour violation d'une loi étrangère, mais elle casse, parce que, en violant la loi étrangère, le jugement viole en même temps le traité.

Cette jurisprudence indique la voie que l'on devrait suivre pour donner aux lois étrangères, en France, la même autorité qu'à la loi française : c'est la conclusion de traités déterminant les lois étrangères qui forment le statut personnel de l'étranger. La loi ne suffirait point; car la loi française qui déclare une loi étrangère applicable ne s'approprie point cette loi, elle n'en fait pas une loi française, partant la fausse application de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation; tandis que les traités sont obligatoires dans toutes leurs dispositions, par conséquent aussi les lois étrangères qui y sont comprises. Il faut donc dire que, non seulement les traités donnent la certitude au droit international, ils lui donnent encore la force obligatoire, sans laquelle le droit n'est qu'un vain mot.

280. La doctrine, en cette matière, a peu d'autorité. Il n'y a que les auteurs français qui puissent être consultés. En effet, le recours en cassation dépend de l'organisation judiciaire de chaque pays; il serait chanceux de se prévaloir d'une loi étrangère, en cette matière, et par suite de l'opinion des auteurs qui écrivent sous l'empire de cette législation. Je me borne donc à la doctrine française. Fœlix abonde, comme toujours, dans la manière de voir des Anglo-Américains; pour eux, la loi étrangère est un fait; or, l'appréciation d'un fait ne peut guère constituer

(1) Arrêts du 7 fructidor an IV (Sirey, I, 1, 92); du 18 février 1807 (Sirey VII, 1, 28), du 21 brumaire an XIII (Sirey, XIII, 1, 121); du 15 juillet 1811 (Sirey, XI, 1, 301); du 1er février 1813 (Sirey, XIII, 1, 113).

la violation d'une loi. Un tribunal français fait-il une fausse application d'une loi étrangère, ce sera un *mal-jugé*, mais il n'en résultera pas un recours en cassation. Il n'y aurait d'exception que si une loi ou un traité déclarait la loi étrangère obligatoire (1). Fœlix ne s'explique pas sur les conséquence d'une règle pareille. C'est rester à la surface de la difficulté. En théorie, il faut plutôt poser le principe contraire; c'est-à-dire assimiler entièrement la loi étrangère à la loi nationale. Il est certain que si l'on considère les lois en elles-mêmes, dans leur force intrinsèque, on ne trouve aucune différence entre la loi nationale et la loi étrangère; toute loi est l'expression de la souveraineté nationale, et par suite toute loi est obligatoire pour les particuliers et pour les tribunaux : une loi non obligatoire dont les commandements et les prohibitions peuvent être impunément violés est un non-sens. Sans doute, dans l'état actuel de l'humanité, la force coactive d'une loi s'arrête aux limites du territoire sur lequel le législateur exerce son autorité. Toutefois, on ne peut plus dire, comme on le faisait autrefois, que toute loi est réelle. Le principe de la personnalité a brisé cette étroite barrière : le statut personnel de l'étranger est devenu un principe de notre science, méconnu par-ci par-là, mais l'emportant néanmoins dans le domaine de la doctrine, et c'est de celle-là qu'il s'agit pour le moment. Notre science repose sur la communauté de droit entre les nations. Cette communauté implique que le juge doit appliquer la loi qui régit les faits juridiques, sans distinguer si la loi est étrangère ou nationale; partant ces lois doivent avoir la même autorité et le même effet. Ce serait chose absurde de dire que, si le litige est gouverné par la loi nationale, la loi sera obligatoire pour le juge, et que sa décision pourra être cassée s'il la viole; tandis qu'il pourra violer impunément la loi étrangère, quand d'après la nature du fait il en devrait faire l'application. C'est cependant cette absurdité que consacre la jurisprudence. La doctrine ne saurait l'admettre, sans abdiquer;

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 34, note 1 (de la 4e édition).

car si elle l'admet, notre science est une chimère. Il faut donc donner, en théorie, la même force obligatoire à la loi étrangère qu'à la loi nationale, et, une fois l'assimilation admise, il faut chercher un moyen de la faire entrer dans la réalité; le moyen est très simple, c'est de consigner les règles du droit international privé dans des traités. Les traités sont nécessaires pour donner la certitude au droit civil international; et dès qu'il sera constaté par un acte obligatoire, il aura la même force que le traité. Ce sera une publication légale pour les lois étrangères, ce qui décidera toutes les difficultés qui se présentent en cette matière. Ainsi les traités ne se borneront pas à reproduire les principes abstraits du droit civil international, tels qu'ils sont formulés par le code italien, et tels qu'ils vont l'être par le code civil des Belges; il y aura autant de traités qu'il y a de nations diverses, et dans chacun de ces traités on ajoutera les lois qui devront recevoir leur application à l'étranger à titre de lois personnelles. Ainsi se réalisera la communauté universelle de droit entre les peuples.

281. Le commentateur de Fœlix n'admet pas sa doctrine sur l'autorité des lois étrangères. Demangeat dit qu'il confond la situation du juge avec celle du législateur. N'est-ce pas plutôt une conséquence du faux principe de courtoisie, sur lequel Fœlix fonde l'autorité des lois étrangères? Il admet que donner effet en France aux lois étrangères, c'est, de la part du législateur français, une *pure courtoisie*; il était parfaitement libre d'enjoindre au juge de n'appliquer jamais d'autre loi que la loi française. Demangeat ne combat pas cette théorie, cependant elle ruine fondamentalement le droit civil international : la courtoisie est la négation du droit. Le vrai droit est antérieur à la loi, le législateur ne le crée point, il le formule; tandis que dans la doctrine de la courtoisie, le droit international n'existe que si le législateur le consacre. N'en faut-il pas induire qu'il le consacre à titre de courtoisie, ce qui laisse au juge un pouvoir d'appréciation, et partant rend le recours en cassation impossible? Sans doute on peut soutenir qu'une fois que le législateur a bien

voulu admettre l'application d'une loi étrangère par courtoisie, cette règle prend le caractere de loi, le juge ne l'applique plus à titre de courtoisie, il l'applique à titré de loi, ce qui lui donne un caractère obligatoire. Mais il y a dans cette transformation de la courtoisie en droit quelque chose qui cloche: cela est si vrai que Demangeat lui-même n'en admet pas les conséquences. Assurément, dit-il, un tribunal français n'appliquera pas d'office une loi étrangère, comme il appliquerait d'office un article de nos codes que la partie intéressée aurait omis d'invoquer. Voilà la différence entre la loi nationale et la loi étrangère qui reparait. La loi étrangère n'est pas une loi, c'est un fait; si les parties ne l'invoquent point, le juge n'en tiendra aucun compte. Quoi! il s'agit de savoir si le fait juridique est soumis à la loi nationale ou à la loi étrangère: qui doit décider cette question? N'est-ce pas là la mission essentielle du juge? Et si l'examen de la cause prouve que c'est la loi étrangère qui doit recevoir son application, il appliquera néanmoins la loi française, et sa décision, quoique fausse en droit, échappera au recours en cassation! Singulière loi, dont la force obligatoire dépend de l'ignorance des parties intéressées. On ne peut pas exiger, dit Demangeat, que le juge ait connaissance des lois de tous les pays de l'univers. Non certes, mais le juge doit savoir que, d'après la nature du fait juridique, ce n'est pas la loi nationale qui régit le débat; il doit donc s'abstenir de décider le litige en vertu de la loi française, et s'enquérir de la loi étrangère, qu'il est toujours possible de connaître. C'est seulement quand la partie intéressée produit le texte de la loi étrangère que Demangeat fait un devoir au juge de l'appliquer, sous peine de cassation. Ici Demangeat semble abonder dans le sens de l'opinion que je soutiens; à vrai dire, il reste une différence essentielle entre la loi étrangère et la loi nationale. Quand il s'agit du statut qui règle l'état et la capacité de l'étranger, le juge, d'après Demangeat, doit appliquer la loi étrangère; il invoque la volonté du législateur manifestée dans l'article 3 du code Napoléon et dans la discussion qui en a précédé le vote. C'est plutôt la tradition française

qu'il faudrait invoquer, car de discussion il n'y en a pas eu. Demangeat en conclut que le jugement rendu contrairement à la loi étrangère devrait être cassé; mais pour justifier la cassation, il ne s'appuie pas sur l'article 3 : il faut le décider ainsi, dit-il, par analogie de ce qu'on décide lorsqu'un tribunal, en interprétant une *convention*, a méconnu l'*intention* véritable des *parties contractantes* (1). Ainsi la loi étrangère est assimilée à une convention, c'est-à-dire à un fait, et la fausse interprétation d'un fait ne donne pas, en général, ouverture à cassation. C'est, en définitive, revenir à l'erreur de Fœlix.

Dans l'Introduction du *Journal du droit international privé*, Demangeat va beaucoup plus loin. Il pose en principe que les tribunaux français ont le devoir d'appliquer, suivant le cas, une loi étrangère, et non les lois nationales, à la cause dont ils sont saisis. De là la conséquence que leurs décisions sont sujettes à cassation, s'ils n'appliquent pas la loi étrangère. A mon avis, les tribunaux ne sont obligés d'appliquer le statut étranger que lorsqu'il est consacré par une loi ou par un traité, au moins en ce sens que c'est seulement dans ce cas qu'il y a ouverture à cassation, pour violation de la loi étrangère. Je ne comprends pas qu'une décision soit cassée pour avoir violé la loi, alors qu'il n'existe pas de loi. Demangeat cite un arrêt de la cour de cassation de France, à l'appui de sa doctrine. J'ai rapporté plus haut la décision rendue par la cour dans l'affaire du contrat de transport conclu à Hong Kong ; il s'agissait de savoir si l'on doit appliquer, pour l'interprétation d'un contrat, la loi du lieu où il a été formé, ou la loi du lieu où il reçoit son exécution ; la cour s'est prononcée pour l'opinion généralement suivie de la loi du lieu où le contrat s'est passé, et elle a cassé l'arrêt de la cour d'Aix, pour violation de l'article 1134. Cet article, dit Demangeat, n'établit pas la règle pour violation de laquelle la cour a cassé l'arrêt attaqué ; cette règle est établie, non par un texte de loi, mais par le droit civil international; donc la cour a implicitement consacré la

(1) Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 230, note *a*.

force obligatoire des principes du droit international privé (1). La cour n'a certes pas entendu casser l'arrêt d'Aix pour violation du droit civil international, lequel ne figure pas dans sa décision ; Demangeat dit qu'elle n'a pas osé le faire ; disons mieux, elle ne l'a pas pu. Pour qu'elle le puisse, il faut qu'il y ait une loi violée, il faut donc que le droit international acquière force de loi, et cela ne se fera que lorsqu'il sera consacré par des traités.

La doctrine de Demangeat est inconséquente et contradictoire. Dans ses notes sur Fœlix, il semble considérer le statut personnel comme un fait, tout au plus comme un acte de courtoisie, dont le juge ne doit tenir compte que si les parties intéressées produisent la loi qui régit le débat. C'est nier que le droit international privé soit un droit véritable, en ce sens qu'il ait la même force que le droit national. Dans l'Introduction du *Journal du droit international privé*, au contraire, Demangeat veut que la cour de cassation casse les décisions qui méconnaîtraient une règle établie par le droit civil international, alors même qu'il n'y aurait pas de loi et que, par conséquent, les parties ne pourraient pas la produire. C'est vouloir que la science ait l'autorité de la loi, ce qui est impossible, surtout dans la matière du droit international privé, puisque la science est encore partagée en camps opposés, hostiles. La cour de cassation a été instituée pour maintenir l'unité dans l'application des lois ; et comment y aurait-il unité dans l'application du droit international privé, alors que ce droit est encore divers, multiple, et variant d'après les races, autre sur le continent européen et chez les peuples anglo-saxons ? La question est contradictoire dans les termes.

282. M. Brocher se borne à résumer la jurisprudence française ; mais en la résumant, il met en évidence le caractere incertain de notre science ; pour mieux dire, il prouve qu'il n'y a point de droit international privé. Les lois étrangères, dit-il, n'ayant pas été publiées sur le ter-

(1) *Journal de droit international privé*, t. I, p. 12-16. Comparez ce qui a été dit plus haut, p. 505, n° 277.

ritoire où on les invoque, semblent ne devoir s'y présenter que comme de simples *faits* (1). Si le droit international privé n'est qu'un fait, il n'est rien, car le juge peut le méconnaître impunément, sans s'exposer à voir ses décisions cassées; c'est, comme on l'a dit (n° 273), un droit qui n'a qu'une autorité morale, et un droit moral est-il un droit?

L'auteur le plus récent qui a écrit sur le droit international privé, M. Asser, n'admet pas non plus le recours en cassation, pour violation d'une loi étrangère. Toutefois il n'aime pas que l'on assimile la loi étrangère à un *fait*, c'est plutôt à titre de loi étrangère qu'elle ne peut donner ouverture à cassation, la cour de cassation n'étant établie que pour maintenir l'unité dans l'application des lois nationales (2). Sans doute, quand on a établi un tribunal de cassation, on ne pouvait songer à lui donner pour mission le maintien de la communauté de droit entre les peuples; cette idée ne s'était pas fait jour au commencement de ce siècle; et même maintenant que le siècle touche à sa fin, la communauté de droit n'est pas encore entrée dans la conscience générale. Au moins la doctrine doit-elle en tenir compte, et l'appliquer dans toutes ses conséquences, et l'une des plus importantes est certes la force obligatoire, à titre égal, des lois étrangères et des lois nationales. Il faut dire plus, il n'y a point de droit civil international, tant que ses règles n'ont pas l'autorité qui est attachée à la loi.

283. Je n'ai rien à dire des législations étrangères, qui ne connaissent pas l'institution de la cour de cassation. La Belgique est régie par les lois françaises, et elles sont interprétées comme on le fait en France. Notre cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre un arrêt de Gand, pour violation des articles 1933, 1938, 1939, 1940 et 1959 du code néerlandais, a prononcé un arrêt de rejet : « Attendu que les lois citées à l'appui du pourvoi sont des lois étrangères, et que la cour ne peut casser des

(1) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p. 186.
(2) Asser, *Schets van het internationaal privaatregt* p. 24

décisions judiciaires pour violation de lois étrangères, à moins que l'*erreur* sur le sens d'une *loi étrangère* ne fût la *source* et le *principe* d'une *violation* de la *loi belge;* mais alors il faudrait encore, d'après l'article 8 de l'arrêté du 15 mars 1815, que la requête en cassation contînt l'indication des lois belges que le demandeur prétendrait avoir été violées, toutes circonstances qui ne se présentent pas ici, le demandeur s'étant borné à *alléguer* que les articles du code hollandais précités sont la reproduction des articles 1341, 1344, 1347, 1348 et 1353 du code belge (1). » Le principe est celui de la jurisprudence française et formulé dans les mêmes termes. Quant à l'application que notre cour en fait, elle implique que si le demandeur avait prouvé son *allégation*, à savoir que la législation néerlandaise, dans l'espèce, était identique avec la législation belge, il y aurait eu ouverture à cassation, puisque, en violant les lois des Pays-Bas, l'arrêt attaqué aurait violé également les lois belges; bien entendu, en supposant que, dans l'espèce, la loi étrangère fût applicable; car si elle ne l'était pas, la cour, en appliquant à faux des lois étrangères, n'aurait pas violé ces lois, il y aurait eu un mal-jugé, qui ne donne pas lieu à cassation. On voit que la première condition requise pour que les lois étrangères, et par suite le droit international privé, aient une existence légale, et une force obligatoire en Belgique, c'est que les traités établissent des principes certains à cet égard, en déclarant quels statuts sont personnels et, à ce titre, obligatoires pour les tribunaux étrangers. A chaque pas que l'on fait sur le terrain du droit civil international, on constate la nécessité de traités. Tant qu'il n'y en aura point, notre science restera une théorie, dont les juges feront ce qu'ils voudront.

(1) Rejet, 11 mai 1855 (*Pasicrisie* 1855, 1, 261.).

SECTION VII. — Des exceptions aux règles des statuts.

ARTICLE I. DÉROGATIONS AUX PRINCIPES DE PERSONNALITÉ ET DE RÉALITÉ.

§ Ier. — *Dérogation par convention.*

284. Les anciens légistes examinent tous la question de savoir si les parties intéressées peuvent déroger aux principes des statuts, soit personnels, soit réels. Voici en quels termes Froland pose la question : « Je demande si, par des conventions particulières, on ne peut pas rendre inutiles les dispositions des statuts, soit réels, soit personnels, et même stipuler des choses directement contraires à ce qu'ils permettent ou défendent (1). » Il faut d'abord bien préciser la difficulté. On confond d'ordinaire, sous le nom de statuts, des règles d'une nature très diverse Ainsi on donne le nom de statuts à des règles ou dispositions qui dépendent entièrement de la volonté des parties. Ce ne sont pas là des statuts proprement dits, alors même que les principes sont établis par des lois. En effet, les parties étant libres de faire ce qu'elles veulent, tout dépend de leur volonté, et non de la volonté du législateur ; la loi n'a pas entendu leur imposer les règles qu'elle formule, elle les abandonne à leur libre appréciation, et leur permet de faire ce qu'elles jugent convenable. Il va de soi que les parties peuvent déroger à cette espèce de lois; il n'est pas même exact de dire qu'elles y dérogent, car elles font la loi, et elles la font comme elles veulent; il n'y a qu'une restriction à cette autonomie des particuliers, c'est qu'ils ne peuvent pas déroger aux lois qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs; pour mieux dire, ces lois n'étant pas d'intérêt privé ne tombent pas sous l'application de la règle qui permet aux parties de faire tout ce qui est de leur intérêt.

285. Quelles sont les lois auxquelles les parties peuvent déroger? Froland mentionne d'abord les statuts qu'il appelle *lucratifs, utiles* et *profitables*, c'est-à-dire les lois

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 160.

qui procurent aux particuliers un avantage pécuniaire. Il est permis à chacun, *sauf les restrictions de droit*, de renoncer aux avantages que les lois ont établis en sa faveur ; il suit de là qu'il y a bien des statuts dont les personnes intéressées à ce qu'ils renferment peuvent rendre les dispositions inutiles. Quelles sont ces *restrictions de droit*, dont parle Froland ? On ne peut pas toujours renoncer d'avance à un avantage que les lois nous offrent ; si le droit auquel nous voulons renoncer est d'intérêt social, nous ne pouvons pas y renoncer ; ce serait déroger à une loi d'ordre public, et ces dérogations sont toujours frappées de nullité ; mais on peut toujours renoncer à l'avantage que la loi nous a procuré, parce que, dans ce cas, notre intérêt privé est seul en cause. C'est ainsi que le code Napoléon dispose que l'on ne peut, d'avance, renoncer à la prescription, mais on peut renoncer à la prescription acquise (art. 2220).

Froland donne des exemples pour lesquels il n'y a aucun doute. Il est sans difficulté que le père peut renoncer aux droits utiles que lui donne la puissance paternelle, c'est-à-dire à l'usufruit légal, et cela est aussi permis au mari pour le droit de viduité qu'il a sur les biens de sa femme dans la province de Normandie : de même au survivant des conjoints pour le droit de survie qu'il peut prétendre suivant plusieurs de nos coutumes, à la femme pour son douaire, aux aînés pour leur préciput ou portion avantageuse, aux mâles pour la préférence qu'ils ont sur les femmes. La plupart de ces droits n'existent plus dans notre législation moderne ; mais le principe est incontestable ; toute personne peut renoncer aux droits qui sont établis en sa faveur (1). Mais je ne vois point ce que cette règle a de commun avec les statuts, soit personnels, soit réels : renoncer à un droit, c'est en disposer, et toute personne a le droit de disposer de ce qui est dans son domaine, quelle que soit la nature du droit ; la personnalité du statut ou sa réalité n'a rien à faire dans l'exercice de ce droit.

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 161, n° VII.

286. Voet, dans son excellent Commentaire sur les Pandectes, cite, comme exemple d'une dérogation aux statuts, la disposition par testament des biens dont la loi sur les successions règle la répartition : je puis instituer héritiers ou légataires des parents plus éloignés, de préférence à ceux que la loi appelle à ma succession ; je puis même exclure tous mes parents et léguer mes biens à un étranger. Cette faculté tient également au droit de propriété, peu importe que l'on considère les successions comme une dépendance du statut réel ou du statut personnel ; la réalité ou la personnalité du droit n'a rien de commun avec la faculté que le propriétaire a de disposer librement de ses biens, sauf les restrictions que les lois y apportent.

Les conventions matrimoniales touchent au même ordre d'idées, sauf qu'ici il s'agit de contrats ; il y a, dans ce cas, un conflit apparent entre le statut et la volonté des parties contractantes. Le statut de Hollande établissait une communauté universelle entre époux ; les parties pouvaient-elles réduire la communauté aux acquêts ? Oui, dit Voet, et sans doute aucun. Le code Napoléon a consacré la liberté des parties contractantes : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos (art. 1387). » Quand les futurs époux font une convention autre que celle qui est établie par la loi comme droit commun, peut-on dire qu'ils dérogent à la loi ? Non, car ce sont eux qui font la loi ; le législateur n'intervient que dans le silence des parties. On appelle cette société de biens *communauté légale* ; est-ce à dire que la loi l'impose ? On sait qu'il y a eu sur cette question de longs débats, qui duraient encore du temps de Voet : le grand jurisconsulte établit les vrais principes, j'y reviendrai. C'est toujours la volonté des parties contractantes qui règle l'étendue de leurs conventions, et cette volonté peut être tacite ou expresse : la première est aussi efficace que la seconde ; la communauté tacite s'étend par conséquent sur tous les biens que les époux ont voulu y comprendre, quelle que soit leur situation. En apparence, cette doctrine déroge à la maxime de la réalité

des coutumes, que Voet maintient avec une rigueur extrême; en réalité le statut réel est hors de cause, la communauté tacite, aussi bien que la communauté expresse, dépend de la seule volonté des époux ; or les parties peuvent disposer de leurs biens avec une entière liberté, elles peuvent donc comprendre dans leur communauté les biens qu'elles jugent à propos d'y faire entrer. Les époux se marient sous l'empire d'un statut qui établit la communauté universelle : tel était le statut de Hollande. Cette communauté comprendra les biens situés dans la province de Frise, quoique le statut de Frise n'établît qu'une communauté d'acquêts. Etait-ce déroger au statut réel de Frise, et étendre hors des limites territoriales le statut de Hollande? Non, car les statuts ne sont pas en cause ; les parties l'ont voulu ainsi, par un consentement tacite, et les parties peuvent disposer de leurs biens situés dans la province de Frise, et dans n'importe quel pays; leur volonté ne connaît point de limites territoriales (1).

287. Ainsi, quand il s'agit de renonciation à un droit d'intérêt privé, ou de conventions d'intérêt privé, la volonté des parties tient lieu de loi, et, partant, il ne peut être question de dérogation à un statut. La difficulté ne se présente que lorsque les parties voudraient déroger à un statut personnel ou à un statut réel. Je prends ces expressions techniques dans le sens qu'on leur donnait dans l'ancien droit; et en droit français on peut et on doit même s'en servir, puisque les auteurs du code Napoléon ont entendu consacrer la doctrine traditionnelle. Le statut personnel est celui qui concerne l'état et la capacité des personnes; il suit les personnes partout où elles résident (C. Nap., art. 3). Il n'y a que cette différence entre le droit moderne et l'ancien droit, c'est que jadis le statut personnel était déterminé par le *domicile* de la personne, tandis qu'aujourd'hui il dépend de sa nationalité. La personne peut-elle, tout en conservant son domicile ou sa nationalité, modifier son statut par sa volonté? Froland répond :

(1) Voet, *Ad Pandectas*, lib. I, tit. IV, pars II, nos 18 et 19 (t. I, p. 47 et 48).

« L'habilité ou l'inhabilité que la loi de son domicile imprime sur la personne la suit dans tous les pays où elle juge à propos de se transférer. Sur ce principe il n'est pas en son pouvoir d'y contrevenir en allant contracter dans une province où il y a un statut contraire. » Froland ajoute : « Je n'estime pas que la voie des conventions lui fût plus profitable, et que d'une clause de renonciation insérée dans un contrat, l'on pût tirer la moindre fin de non-recevoir contre elle. »

Froland donne ensuite des applications du principe. Un bourgeois de Paris, âgé de vingt-quatre ans, est mineur d'après son statut personnel ; il a des biens situés en Normandie, où la majorité est fixée à vingt ans. Peut-il contracter, quant à ses biens normands, à l'âge de vingt-quatre ans? Non, pas plus en passant le contrat en Normandie que s'il déclarait dans un contrat fait à Paris qu'il renonce au bénéfice de sa minorité. Il en serait de même d'un interdit. Peut-il, en contractant, déclarer qu'il entend se départir de l'effet du jugement d'interdiction qui le rend incapable, et qu'il renonce à s'en servir? La clause serait nulle, et n'empêcherait pas l'interdit de demander la nullité de tous les actes juridiques qu'il ferait. L'incapacité résultant de l'interdiction le suit partout ; il ne peut s'en affranchir.

Rodenburg applique le même principe à la femme mariée. Une femme en puissance de mari contracte dans un lieu où la femme peut vendre, aliéner et disposer de ses biens, sans l'autorité de son mari. Si, par la loi de son domicile, elle est frappée d'incapacité, elle reste incapable partout, de sorte qu'il est inutile de demander si elle peut déroger à son incapacité par quelque convention (2).

Il y a toutefois une différence entre l'incapacité de la femme mariée et l'incapacité des mineurs ou interdits : celle-ci tient à leur âge ou à leur intelligence, donc à une cause, physique et on ne conçoit pas qu'une cause physique disparaisse par une convention. Il n'en est pas de

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 170, n° XII.
(2) Boullenois, *Traité des lois réelles et personnelles*, t. II, p. 370.

même de la femme mariée; elle est, de sa nature, aussi capable que l'homme; si elle devient incapable, c'est à raison des rapports que le mariage établit entre les époux; ces rapports ne sont pas partout les mêmes . ici la femme mariée devient incapable de tout acte juridique, en ce sens qu'elle ne peut agir qu'avec l'autorisation de son mari : là elle reste capable d'administrer ses biens et même de les aliéner. Dès lors rien n'empêche les époux de faire, par leur contrat de mariage, des conventions qui diminuent l'incapacité de la femme. Boullenois dit que le contrat de mariage peut donner à la femme la libre administration de ses biens, et même le droit d'aliéner ses immeubles, mais, dans ce cas, l'autorisation doit être spéciale; une autorisation générale derogerait trop au *droit public*. Pour les mineurs et interdits, une dérogation spéciale ne se conçoit pas plus qu'une autorisation générale. Boullenois cite le cas suivant, sur lequel il y avait quelque doute. Le donateur déclare, dans l'acte de donation, que le mineur pourra aliéner l'héritage donné. Une pareille clause, disait-on, ne change pas l'état de la personne; le mineur n'est pas assimilé au majeur, il reste toujours mineur. La convention n'a qu'un effet particulier : c'est une condition apposée dans la donation par celui même qui donne et qui semble pouvoir imposer à sa libéralité telles conditions qu'il juge à propos. Ce qui rendait la solution douteuse, c'est qu'une loi romaine accordait ce pouvoir au donateur, mais elle n'était pas suivie en France; on permettait au mineur de vendre, avec les solennités requises ; ce qui revenait à dire que son incapacité subsistait : un mineur ne peut cesser, même partiellement, d'être mineur (1).

288. Telle est la tradition française; et dès que l'on admet un statut personnel, il ne saurait y avoir de doute sur la question. Le statut règle l'état et la capacité des personnes. L'état est déterminé à raison des circonstances physiques, intellectuelles, morales, politiques de chaque

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 372.

pays, donc par des considérations qui sont indépendantes de la volonté des particuliers ; la loi règle l'état, et la capacité ou l'incapacité qui en résulte, dans un intérêt public ; dès lors il est impossible que les parties intéressées y dérogent : l'état ne peut faire l'objet des conventions. Le code Napoleon consacre ce principe : aux termes de l'article 6, on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. J'ai dit ailleurs (n° 191) que, par lois concernant l'ordre public, on entend les lois qui déterminent l'état et la capacité des personnes, c'est-à-dire, les lois personnelles : toute dérogation à ces lois est frappée de nullité. Ce que le code décide pour le droit civil est aussi applicable au droit civil international : par sa nature même, le principe de l'article 6 est applicable aux étrangers comme aux Français. Si l'on admet la théorie du statut personnel que j'ai exposée dans ces Études, la chose est évidente. En effet, le statut dependant de la nationalité, il reste inhérent à la personne, comme la cause d'où il dépend. La nationalité ne peut pas être modifiée par des conventions ; en principe, elle est indépendante de notre volonté, c'est un fait de race ou de naissance, et la race à laquelle nous appartenons, de même que le lieu où nous naissons, sont des faits que j'appelle providentiels ; on peut les qualifier comme on veut, toujours est-il que notre volonté n'y est pour rien. Et il en doit être de même des conséquences qui découlent de la nationalité. On est majeur en Belgique à vingt et un ans, en Prusse à vingt-quatre ; les conventions ne sauraient modifier un état qui dépend de la nature. Le Prussien sera donc mineur en Belgique, et le Belge sera majeur en Prusse, quand ils ont atteint l'âge de vingt et un ans sans qu'ils puissent convenir, l'un qu'il sera réputé mineur d'après la loi prussienne, et l'autre qu'il sera censé majeur d'après la loi belge.

La cour de Bruxelles a rendu, en ce sens, un arrêt remarquable. Un Espagnol, ancien consul à Anvers, épouse à Bruxelles une demoiselle belge ; celle-ci meurt, laissant une enfant mineure. Le conseil de famille, assem-

blé à la requête du père, nomme un subrogé tuteur, avec l'assentiment du père, qui déclara s'en référer à la loi belge, pour ne pas entraver la liquidation de la succession, mais sous la réserve de tous les droits que lui donnait la loi espagnole, laquelle ne reconnaît pas de tutelle tant que le pere est en vie. Deux jugements intervinrent qui ordonnèrent la licitation des immeubles, sous la condition que la part du prix revenant à la mineure resterait, jusqu'à sa majorité, affectee sur les immeubles, ou placée sur bonne hypothèque, sinon versée à la caisse des consignations, conformément à la loi hypothécaire belge (du 16 decembre 1851, art. 57). Les immeubles furent vendus, et la part de la mineure déposee à ladite caisse. Presque immédiatement après la vente, le père assigna les membres du conseil de famille, afin qu'il fût déclaré que sa fille mineure n'est pas en tutelle, qu'elle se trouve sous puissance paternelle en vertu de la loi espagnole, qu'en conséquence les délibérations du conseil de famille étaient nulles, ainsi que tous les actes qui avaient été faits en suite de ces délibérations. Le tribunal de première instance de Bruxelles rejeta la demande par le motif que les délibérations dont le père demandait l'annulation avaient été prises sur sa réquisition formelle; qu'en agissant ainsi, il avait renoncé à se prévaloir des lois de son pays, en tant que ces lois lui conservaient, après la mort de sa femme, la qualité d'administrateur légal des biens de son enfant, et qu'il s'était placé sous l'empire des lois belges qui règlent l'administration des biens des mineurs. Le tribunal décida que la renonciation librement faite rendait le père non recevable, cette renonciation ne blessant aucune loi d'ordre public de Belgique. Vainement le père invoquait-il la réserve qu'il avait insérée dans la délibération du conseil de famille, cette protestation, contraire à ce qu'il avait librement consenti, ne pouvant avoir aucun effet.

Sur l'appel, le jugement fut réformé. La cour commence par constater que le père est Espagnol, ainsi que l'enfant mineure, et que, d'après la loi espagnole, il n'y a pas lieu à tutelle aussi longtemps que vit le père, que

celui-ci, survivant à son épouse, demeure seul et exclusivement chargé de l'administration de la personne et des biens de son enfant mineur, en vertu de sa puissance paternelle. Le père pouvait-il abdiquer les droits que lui donnait son statut personnel? Les lois concernant l'état et la capacité forment la base sur laquelle repose l'édifice social, elles sont donc essentiellement d'ordre public, et par suite les droits qui en dérivent ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction; en admettant que le père avait pu valablement renoncer aux droits résultant de la puissance paternelle, en les échangeant contre les droits que donne la tutelle d'après la loi belge, le tribunal avait violé l'article 3 du code civil, qui reconnait le statut personnel, et l'article 6, qui défend de déroger aux lois d'ordre public. Il est à remarquer que, dans l'espèce, on ne contesta point le statut personnel de l'étranger. La renonciation du père étant radicalement nulle, les délibérations du conseil de famille étaient frappées de la même nullité. En conséquence la cour les déclara nulles et de nul effet, et maintint au père les droits que la loi espagnole attachait à la puissance paternelle (1).

Cette décision ne fait qu'appliquer les principes élémentaires que je viens de rappeler. Toutefois je fais une réserve en ce qui concerne le jugement qui ordonna la vente par licitation des immeubles, sous la condition du dépôt à la caisse des consignations de la part du prix appartenant à l'enfant mineure. La cour décida que cette vente était valable, et que par suite le père était non recevable à retirer de la caisse les fonds qui y étaient déposés. L'arrêt se fonde sur l'article 3 du code civil, aux termes duquel les immeubles possédés par des étrangers sont régis par la loi belge ; la cour en conclut que ces immeubles, alors qu'ils appartiennent en tout ou en partie à des mineurs, ne peuvent être vendus que dans les formes établies par la loi du 12 juin 1816. Sans doute, le statut réel régit tous les biens situés en Belgique ; mais, dans l'espèce, le statut réel était en conflit avec le statut personnel de la

(1) Bruxelles, 29 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 57).

mineure; naissait alors la question de savoir si le statut personnel régit les biens que l'incapable possède en pays étranger ; l'affirmative ne me paraît pas douteuse. La question n'a pas été examinée par la cour, et il ne paraît pas qu'elle ait été soulevée dans les débats. J'y reviendrai dans la partie spéciale de ces Etudes.

289. Le principe que le statut personnel ne se modifie point par la volonté de l'homme, ne doit pas être entendu en termes trop absolus. Cela est vrai dans le sens de l'article 6 du code Napoléon, à savoir que nul ne peut, par des conventions particulières, déroger à sa loi personnelle, en modifiant la capacité ou l'incapacité attachée a son état. Mais la volonté reprend son empire quand il s'agit de la cause qui détermine l'état. Dans le système du code Napoléon, l'état dépend de la nationalité, et la nationalité est déterminée par la race ou par la naissance sur le sol d'un pays : ces faits échappent à notre volonté. Mais, une fois la nationalité acquise, il dépend de nous de la changer; le droit français n'admet point l'abdication pure et simple de la patrie; mais le Français peut, par sa volonté, acquérir une nouvelle nationalité en se faisant naturaliser en pays étranger; il peut même indirectement renoncer à sa patrie, sans acquérir une patrie nouvelle, en s'etablissant en pays étranger sans esprit de retour; or celui qui perd la qualité de Français perd nécessairement le statut qui y est attaché. En ce sens, le statut personnel se perd ou se modifie par la volonté de l'homme. J'y reviendrai dans la partie spéciale de ces Etudes, en traitant de la nationalité.

Dans la doctrine des anciens statutaires, le statut personnel était déterminé par le domicile. Il en était ainsi en France, et ce principe s'est maintenu dans le droit anglo-américain. Le domicile dépend encore plus de la volonté que la nationalité; il est rare que la nationalité s'acquière de plein droit, moyennant l'accomplissement de certaines conditions qui dépendent de notre volonté; tandis que le domicile se change par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, jointe à l'intention d'y fixer son principal établissement (C. Nap., art. 103). De là une difficulté :

le statut personnel établi par le domicile d'une personne change-t-il quand la personne change de domicile? Pothier pose en principe que « le changement de domicile délivre les personnes de l'empire des lois du domicile qu'elles quittent, et les assujettit à celles du lieu du nouveau domicile qu'elles acquièrent (1). Voet applique ce principe à la majorité. Celui qui d'après son statut personnel est majeur à vingt ans peut changer de domicile; s'il s'établit dans un pays où la minorité dure jusqu'à vingt-cinq ans, il redeviendra mineur. Par contre, celui qui n'est majeur qu'à vingt-cinq ans, d'après son statut personnel, devient majeur à vingt ans s'il s'établit dans un pays où la majorité est fixée à cet âge; ici cependant Voet fait une restriction, il exige que le changement de domicile soit légal, c'est-à-dire qu'il se fasse avec l'autorisation du tuteur, et de plus qu'il se fasse de bonne foi, et non pour échapper à la tutelle, ou pour débarrasser le tuteur de cette charge (2). Sur ce point tout le monde était d'accord (3); mais il s'élevait de grandes difficultés quand le changement de domicile intéressait des tiers. Le père change de domicile : la puissance paternelle se modifiera-t-elle, et celui qui n'avait pas cette puissance dans les pays de coutume l'acquerra-t-il en s'établissant dans un pays de droit écrit? Le mari change de domicile : ce changement va-t-il modifier la capacité de la femme, et altérera-t-il les conventions matrimoniales? Je reviendrai sur ces questions dans la partie spéciale de ces Études.

290. Je passe aux statuts réels. Si l'on entend par statuts réels ceux qui concernent les droits de la société, il est d'évidence que les particuliers ne peuvent les modifier ni y renoncer par leurs conventions particulières; ces conventions seraient nulles en vertu du principe consacré par l'article 6 du code Napoléon : « On ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs ». En effet, dans son

(1) Pothier, Introduction générale aux coutumes, n° 13.
(2) Voet, *Ad Pandectas*, lib. IV, tit. IV, n° 10.
(3) Boullenois, d'après Rodenbourg, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 4.

acception la plus large, l'expression ordre public comprend tout ce qui est d'intérêt social; quant aux bonnes mœurs, elles sont, par leur nature, d'ordre public, puisqu'elles sont le fondement de la société. Le principe formulé par l'article 6 était déjà enseigné par les jurisconsultes romains, et il se trouve dans toutes les législations. L'existence de la société implique que les intérêts privés soient subordonnés à l'intérêt général, et que les droits de la société l'emportent sur les droits des individus : j'en ai dit si souvent la raison, qu'il est inutile de la répéter. Quant aux bonnes mœurs, le sens moral se révolte à la pensée que les hommes aient le droit de faire des conventions qui les blessent; les jurisconsultes romains disaient avec une rigueur admirable qu'il fallait considérer de pareilles conventions comme impossibles, en ce sens que les hommes étaient censés ne pas pouvoir faire ce qui est contraire aux bonnes mœurs. Voet reproduit ces belles maximes, et personne ne songera jamais à les répudier.

La notion des droits réels, tels que je les définis dans ces Etudes, est au fond celle des anciens statutaires. Ils disaient que toute coutume est réelle, et ils entendaient par là que les coutumes sont souveraines; ils croyaient que la souveraineté était intéressée à ce que la loi, expression de la puissance souveraine, exerçât son empire sur toutes les personnes et sur tous les biens qui se trouvaient sur le territoire soumis au souverain. C'était exagérer la souveraineté, en la déclarant illimitée et absolue. Dans cet ordre d'idées, les légistes déclaraient réels bien des statuts qu'aujourd'hui l'on considère comme personnels, ou même comme dépendant de la volonté des parties contractantes. De là des débats, qui se sont prolongés jusque dans les temps modernes, sur la nature du statut de communauté: j'en ai déjà parlé, et j'y reviendrai. Dans cette incertitude qui régnait sur la nature des statuts réels, il faudrait, dans nos idées modernes, distinguer les divers statuts réels : on ne peut déroger à ceux où la souveraineté est réellement intéressée; quant aux statuts réputés réels dans l'ancien droit, et considérés comme personnels

par la doctrine moderne, il faut décider la question par leur objet et leur nature : tiennent-ils aux droits de la société, on ne peut y déroger, tandis que la dérogation est licite quand il n'y a en cause que des droits et des intérêts privés. Telle est la distinction qu'il faut faire en matière de succession. Le propriétaire peut, en général, disposer de ses biens comme il l'entend, quelle que soit la situation de ces biens; et s'il ne teste pas, on doit admettre qu'il a suivi sa loi personnelle, la seule qu'il connaisse, et qui, d'après sa volonté probable, est l'expression de sa volonté tacite. Il n'en est pas de même des dispositions qui tiennent aux droits de la société. Le code Napoléon prohibe les substitutions, par des considérations politiques, économiques et morales; les parties intéressées, étrangers ou indigènes, ne pourraient certes pas y déroger. Quant aux statuts que les anciens statutaires réputaient réels, quoiqu'ils ne fussent relatifs qu'à des intérêts privés, il va de soi que les particuliers y peuvent déroger : tel est le régime de communauté, qui n'est qu'une société, c'est-à-dire un contrat, et les contrats dépendent de notre volonté.

291. C'est avec ces réserves qu'il faut entendre la théorie des anciens légistes sur la question que j'examine. Voet est celui qui l'a traitée avec le plus de soin; seulement il ne faut pas perdre de vue qu'il donne tout à la réalité. Les particuliers peuvent-ils, par leurs conventions, déroger aux statuts, et quelle est l'étendue de ce droit? Voet répond qu'il faut distinguer, d'une part, les statuts qui concernent l'utilité publique, à laquelle il faut aussi rapporter les statuts qui intéressent les bonnes mœurs et ceux qui déterminent la solennité et la forme des actes, et, d'autre part, les statuts qui n'ont en vue que l'avantage des individus. Ceux-ci ne peuvent pas faire de convention sur ce qui est d'intérêt public, car les droits de l'État ne sont point dans le commerce des particuliers ; ils n'y peuvent renoncer, car ces droits n'ont pas été établis dans l'intérêt de tel ou tel individu, ils ont été établis dans l'intérêt général ; or, nous pouvons bien renoncer à ce qui a été établi en notre faveur, mais nous

ne pouvons pas renoncer à des droits qui appartiennent à des tiers, et bien moins encore au droit public. Voet conclut que toute convention relative à la chose publique, ou qui léserait un intérêt public, est nulle. La doctrine est juste, seulement il faut supposer que l'intérêt public implique un droit de la société, car la société ne pourrait pas opposer un simple intérêt, fût-il général, aux droits des individus, le plus grand intérêt de l'Etat et son premier devoir étant de sauvegarder les droits des citoyens.

Voet passe ensuite aux statuts qui concernent les droits et l'utilité des individus. Il distingue les statuts prohibitifs et les statuts simplement dispositifs. Les statuts prohibitifs sont ceux qui défendent de faire quelque chose. Tel est le statut reproduit par l'article 1098 du code Napoléon, ainsi conçu : « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, *ne pourra donner* à son nouvel époux *qu'une part* d'enfant le moins prenant, et sans que, *dans aucun cas*, ces donations puissent excéder le quart des biens. » Il est d'évidence que les Français ne peuvent déroger à un statut prohibitif de cette nature, car il a en vue l'intérêt des enfants du premier mariage, et il est de principe que l'on ne peut déroger aux droits des tiers. En est-il de même des étrangers ? Dans l'ancien droit, l'affirmative n'était pas douteuse, puisque tout statut concernant les biens était réel; et le code Napoléon reproduit la doctrine traditionnelle quant aux immeubles (art. 3). Dans la partie spéciale de ces Etudes, j'examinerai quelle devra être la solution d'après les nouveaux principes.

La règle que Voet établit quant aux statuts prohibitifs présente une difficulté dans l'application. Suffit-il de la forme prohibitive pour que la loi soit prohibitive et emporte la nullité des conventions qui y sont contraires ? On sait que la question a été vivement débattue entre Merlin et la plupart des jurisconsultes qui l'ont combattu : la forme seule n'est pas décisive, il peut y avoir des prohibitions qui n'entraînent pas la nullité. Bien moins encore pourrait-on appliquer aux étrangers le principe que la

forme prohibitive est irritante ; elle ne l'est à leur égard que lorsque la souveraineté est en cause, c'est-à-dire un droit de la société : dans ce cas, le statut est réel, et on ne déroge pas à un statut pareil. Voet fait une distinction ; il ne se contente pas de la forme prohibitive, il faut qu'il y ait prohibition au fond. Ainsi un statut qui dirait que le mariage n'a pas pour effet d'établir la communauté entre les époux n'est pas prohibitif; la loi dit seulement que, dans le silence des parties, il ne se forme pas de communauté, mais elle n'entend pas défendre aux parties de stipuler une société de biens. C'est donc la nature de la disposition qui décidera si le législateur a entendu prohiber ou simplement disposer. Ce qui revient à dire qu'il faut distinguer ce qui est d'intérêt privé ou d'intérêt public. Pris en ce sens, il est certain que le statut prohibitif entraîne la nullité des conventions qui y seraient contraires, peu importe où et par qui la convention est consentie : le droit de la société l'emporte sur toute espèce de conventions ou de statuts contraires. Supposez qu'un statut prohibe les testaments, il en résulterait que personne ne peut disposer des biens situés sur le territoire soumis à l'empire de ce statut (1).

292. Il est inutile d'insister sur les statuts purement dispositifs, qui ne font que prévoir ce que les parties ont voulu faire ; comme il ne s'agit que de leurs intérêts, il va de soi qu'elles peuvent les régler comme elles le veulent. Le principe s'applique aux conventions tacites aussi bien qu'aux conventions expresses. C'est par application de ce principe que Voet décidait, quoiqu'il fût un réaliste outré, que les époux qui se mariaient sans contrat adoptaient tacitement le régime de communauté, tel qu'il était réglé par le statut de leur domicile, et que, par suite, leur société de biens comprenait les biens qu'ils possédaient sous l'empire d'autres statuts qui n'admettaient point ce régime. Mais Voet rejette la règle de la volonté tacite, en matière de succession. Si le propriétaire veut disposer de ses biens, dit-il, il doit le faire dans les formes légales;

(1) Voet, *Ad Pandectas*, lib. I, tit. IV, pars II, nos 18-20.

il n'y a point de testament tacite (1). Cela est vrai, mais cela ne décide pas la question. Celui qui meurt *ab intestat* teste tacitement, en ce sens qu'il s'en réfère au statut de son domicile, ou, comme nous disons aujourd'hui, à sa loi nationale : pourquoi cette volonté tacite ne s'étendrait-elle pas aux biens qu'il possède sous l'empire d'autres statuts ? Voet dit que la volonté du défunt est que, dans ce cas, sa succession soit déférée d'après les divers statuts des lieux où ses biens sont situés. Le grand jurisconsulte ne s'est-il pas fait illusion ici ? n'a-t-il pas supposé que tous les testateurs étaient des légistes et des légistes élevés dans le réalisme absolu, comme Jean Voet avait été imbu du réalisme par son père, Paul Voet ? Qu'est-ce que les testateurs savent des statuts réels et personnels ? Tout ce qui les intéresse, c'est de savoir comment la loi de leur pays distribuera leur hérédité, s'ils ne font point de testament. Ils croient naturellement que cette loi s'applique à tous leurs biens, comme leur testament aurait compris tout leur patrimoine, sans distinction de la situation des biens. Le bon sens le dit. Mourir *ab intestat*, c'est vouloir que la succession soit réglée par la loi. Quelle loi ? Celle que le défunt connaît. Peut-il vouloir que ses biens soient déférés par cinq ou six statuts différents qu'il ne connaît pas ? Y a-t-il un acte de volonté possible, quant à des lois que le défunt ignorait ? Il faut donc appliquer aux successions *ab intestat* ce que Voet établit avec tant d'évidence pour la communauté dite légale ou statutaire. Sans doute, il y a une nuance entre les deux hypothèses, la communauté est un contrat, et l'on a toujours admis les conventions tacites ; tandis que la succession *ab intestat* ne dépend pas d'une convention ; mais qu'importe ? Dans l'un et l'autre cas, il y a volonté, et la volonté ne se conçoit pas sans la connaissance de ce que l'on veut. Cela me paraît décisif.

293 Voet rapporte aux statuts d'intérêt général ceux qui règlent la solennité et la forme des actes. C'était un principe universellement admis. « Tous nos auteurs, dit

(1) Voet, *Ad Pandectas*, lib. I, tit IV, pars II, n° 21

Boullenois, conviennent que les formalités prescrites par les lois et coutumes, pour la vérité et l'authenticité des actes sont de droit public, auquel il n'est pas possible de se soustraire ni de déroger. » On est étonné de cette unanimité dans une matière où tout était incertitude et confusion. A vrai dire, l'unanimité n'est qu'apparente. Boullenois ne parle que de la *vérité* et de l'*authenticité* ; il suppose donc qu'il s'agit d'un acte authentique, et par là il paraît entendre un acte solennel ; car il commente le traité de Rodenburg ; or dans le chapitre où le légiste hollandais examine la question de savoir si l'on peut faire des conventions pour se précautionner contre la contrariété des lois qui règlent les solennités des actes, il décide, à la vérité, en termes généraux, qu'il n'est pas au pouvoir des particuliers de déroger aux formalités prescrites pour la confection des actes ; mais l'exemple qu'il cite et sur lequel il argumente est un testament, c'est-à-dire, un acte solennel, pour l'existence duquel les formalités doivent être observées. Dans ce cas, il est d'évidence que le testateur ne peut pas déroger à la loi. Rodenburg rapporte une décision rendue par le conseil provincial de Frise, dans l'espèce suivante. Un testateur, dans un testament authentique, avait déclaré que tous les legs qu'il pourrait faire dans la suite par actes sous seing privé devraient être acquittés ; le statut de Frise exigeant l'authenticité pour la validité des testaments, les legs faits dans un acte sous seing privé n'avaient aucune valeur (1).

Autre est la question de savoir si les parties contractantes peuvent déroger aux formalités qui ne sont prescrites que pour la preuve des faits juridiques. La solution dépend du principe que l'on suit quant à la portée de la maxime traditionnelle *Locus regit actum*. Est-elle facultative, alors rien n'empêche les parties intéressées d'y déroger. Est-elle obligatoire et d'intérêt public, alors il ne peut être question de dérogation.

Je renvoie à ce qui a été dit plus haut (p. 443, n° 3).

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts* chap. III du tit. III (de Rodenburg) et Observation XLII de Boullenois, t. II, p. 397 et 398.

§ II. — *De la fraude.*

291. Quand les parties intéressées dérogent à un statut par convention, on suppose qu'elles le font de bonne foi, la question est seulement de savoir si elles en ont le droit. Mais il se peut aussi qu'elles soient de mauvaise foi; en ce sens qu'elles veuillent faire fraude a un statut quelconque. Dans l'ancien droit, le statut personnel dépendait du domicile; et comme, dans un seul et même État, les coutumes variaient d'une ville, d'un village à l'autre, il arrivait souvent qu'un changement de domicile amenait un changement de statut; cela ne souffrait aucune difficulté pour le statut de majorité, comme je viens de le dire (n° 287). Mais que faut-il décider quand les parties changent de statut pour faire fraude à leur loi personnelle? Un mineur, incapable de contracter, transporte son domicile dans un lieu où, d'après la coutume locale, il sera majeur, son intention véritable n'est point d'établir son domicile dans le lieu où il va résider; il veut faire un contrat que, d'après son statut personnel, il serait incapable de consentir; quand le contrat est passé, il revient dans son ancien domicile. On demande si ce changement d'etat, fait en fraude de la loi, est valable. Pour que la question puisse s'élever, il faut supposer que le changement de domicile a été opéré légalement, du moins en apparence, c'est-à-dire que le mineur était émancipé; car un mineur non émancipé a nécessairement pour domicile celui de son père ou de son tuteur: il ne peut pas changer de domicile par sa volonté, puisqu'il est incapable; pour qu'il y eût fraude, dans ce cas, il faudrait supposer que le tuteur est complice du mineur, et change lui-même de domicile, pour faire fraude a la loi. En supposant que l'acte soit valable en lui-même, mais qu'il ait été fait en fraude du statut personnel, on demande si le changement d'état qui en résulte est valable? Dans l'ancien droit, on appliquait le principe que la fraude à la loi vicie tous les actes, la loi ne pouvant donner son approbation et son appui à un acte par lequel les particuliers ont voulu violer ses dispositions. Dans l'exemple que j'ai

supposé, la solution ne saurait être douteuse. Le législateur déclare le mineur incapable jusqu'à ce qu'il ait atteint la majorité, qu'il fixe à vingt-cinq ans : conçoit-on que le mineur se crée une capacité légale en faisant fraude à la loi? Un acte frauduleux ayant un effet légal est une impossibilité juridique, une hérésie en droit. Cela était généralement admis dans l'ancien droit (1), et cela est admis partout, puisque la nullité découle de l'essence même de la loi. Le mineur qui se crée une capacité légale en faisant fraude à la loi use en apparence d'un droit que la loi lui accorde; en réalité il déroge à la loi, puisqu'il s'y soustrait par fraude; or il ne pourrait déroger à la loi par convention; à plus forte raison ne peut-on lui permettre d'y déroger par un quasi-délit.

295. Le principe que l'on ne peut éluder le statut personnel par fraude a été reconnu dans les travaux préparatoires du code civil. Portalis fonde sur ce principe la personnalité des lois qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résulte : « Un Français, dit-il, ne peut faire fraude aux lois de son pays pour aller contracter mariage en pays étranger, sans le consentement de ses père et mère, avant l'âge de vingt-cinq ans (2). » Tel serait le mariage contracté en Angleterre par un Français majeur. La minorité spéciale que le code Napoléon établit pour le mariage tient à l'état et à la capacité de la personne, c'est donc un statut personnel, qui suit le Français en pays étranger. Si le Français pouvait s'y soustraire en allant se marier en Angleterre, l'incapacité dont la loi le frappe serait dérisoire, parce que rien ne serait plus facile que d'y échapper en allant contracter mariage à l'étranger. En ce sens, le statut personnel est fondé sur le principe que l'on ne peut faire fraude à la loi. Toutefois il faut remarquer que le statut personnel suit le Français à l'étranger, indépendamment de tout esprit de fraude. Quand même un Français habiterait l'Angleterre depuis longues années, son mariage

(1) Story, Conflict of laws, § 123, p.168.
(2) Portalis, *Exposé des motifs* (Locré, t. I, p. 304).

serait nul s'il se mariait avant l'âge de vingt-cinq ans sans le consentement de ses père et mère, quelle que fût sa bonne foi. Portalis a donc tort de confondre en cette matière l'effet du statut personnel avec le principe qui annule tout contrat fait en fraude de la loi. Toujours est-il que ce principe est incontestable en droit français. L'article 6 pose comme règle générale que l'on ne peut par des conventions déroger aux lois qui intéressent l'ordre public; or faire fraude à la loi, pour l'éluder et ne pas l'observer, c'est y déroger; donc la dérogation est nulle.

Le principe ne s'applique pas seulement aux statuts personnels, il est général de sa nature. Il ne reçoit guère d'application en matière de statuts réels, parce que la fraude est impossible; si elle se produisait, l'article 6 du code civil serait applicable, sans doute aucun : la fraude à la loi vicie tout acte. Par identité de motifs, le principe reçoit son application au statut des formes; ici il y a cependant une difficulté, que j'ai examinée en traitant de l'adage *Locus regit actum* (n° 239); je vais encore y revenir.

296. En droit français, le statut personnel dépend de la nationalité; en changeant de nationalité, on change de statut; le Français qui acquiert la naturalisation en Belgique change de statut en changeant de patrie; il n'est plus régi par la loi française, il est régi par la loi belge pour tout ce qui concerne son état et sa capacité. Le principe reçoit exception quand la naturalisation se fait en fraude de la loi française. Cela s'est fait pour éluder la loi qui abolit le divorce en France; les époux se font naturaliser en Suisse, ce qui se fait avec une grande facilité, comme je vais le dire, et en quelques jours. Je reviendrai sur la question, qui est d'une importance extrême, dans la partie spéciale de ces Etudes; pour le moment, je rapporterai une décision de la cour de cassation de France, qui pose le principe, abstraction faite du divorce, lequel n'était pas demandé, quoiqu'il fût dans les intentions du Français qui s'était fait naturaliser.

Mariage entre deux Français, célébré le 13 avril 1872. Dès le 2 septembre de la même année, la femme demande

la séparation de corps, laquelle fut prononcée par défaut Opposition du mari, qui expose qu'il s'est fait naturaliser Suisse, citoyen d'Hermanthal, canton de Schaffouse, que par suite les tribunaux français étaient incompétents, en vertu des traités intervenus entre la Suisse et la France, le 18 juillet 1828 et le 15 juin 1869. La naturalisation demandée le 26 mai 1873 était consommée le 30 du même mois. L'exception d'incompétence fut rejetée par un jugement du tribunal de Toulouse, confirmé, avec adoption de motifs, par la cour d'appel. Je constate d'abord les motifs.

La demanderesse en séparation de corps était-elle devenue Suisse? Le tribunal répond « que la dame de Ramondenc n'a pu, à son insu et sans son consentement, perdre sa qualité de Française par la naturalisation de son mari en pays étranger, postérieurement au mariage ». Je laisse de côté cette difficulté pour l'examiner dans la partie spéciale de ces Études. En supposant même que la naturalisation du mari ait effet à l'égard de la femme, le mari n'aurait pu la lui opposer, puisque, d'après la décision du tribunal, le changement de nationalité était frauduleux et, partant, nul. Le mari invoquait sa naturalisation pour en induire que les tribunaux français étaient incompétents ; l'incompetence était certaine d'après les traités, en supposant que la naturalisation fût valable. Elle l'était dans les formes ; restait à savoir si elle était sincere. Le tribunal constate qu'en quittant la France, le sieur de Ramondenc n'avait eu d'autre but que de se soustraire à la juridiction des tribunaux français, et d'enlever à sa femme les garanties et les facilités que lui offrait cette juridiction, naturellement appelée à apprécier les effets d'un mariage contracté en France et entre Français; qu'il résulte même des lettres par lui écrites qu'il aurait voulu obtenir en Suisse le divorce, prohibé par la loi française ». Le tribunal ajoute que toutes les circonstances de la cause attestent la fraude, la naturalisation obtenue en quatre ou cinq jours, le départ du domicile conjugal presqu'à la veille des discussions judiciaires qui allaient éclater : tous ces faits constituaient des manœuvres frauduleuses à

l'égard de sa femme; par suite le changement de nationalité et de domicile allégué ne sauraient avoir aucune influence sur les règles ordinaires de compétence.

Pourvoi en cassation. Le demandeur soutient qu'en changeant de nationalité et de domicile, il a usé d'un droit, et n'a point lésé le droit de sa femme; que par suite les principes de la fraude ne sont pas applicables dans l'espèce. Le pourvoi fut admis par la chambre des requêtes, mais la chambre civile rendit un arrêt de rejet. La cour reproduit les faits tels que je viens de les rapporter d'après le jugement confirmé en appel; puis elle en conclut « qu'en jugeant, dans ces circonstances, que la naturalisation obtenue par le demandeur, non seulement *en fraude des droits de sa femme*, mais encore *en fraude de la loi française*, ne pouvait être opposée à la dame de Ramondenc, et par suite, en rejetant le déclinatoire par lequel le mari demandait, comme citoyen suisse, son renvoi devant ses juges naturels en Suisse, l'arrêt attaqué n'avait violé aucune loi (1). »

297. Le principe de la nullité des actes faits en fraude de la loi est admis par le droit anglo-américain. Story résume les règles de la *common law* en ces termes : « L'état et la capacité des personnes sont régis par la loi de son domicile. Mais quant aux contrats passés en pays étrangers, la capacité des contractants est jugée par les lois du lieu du contrat. Les incapacités particulières à la patrie de l'étranger, telles que l'infamie résultant d'un jugement, la servitude, ne sont pas reconnues ailleurs. » J'ai exposé ces règles dans le cours de ces Études. Story en établit une dernière : « Sont nuls, dans le lieu du domicile du contractant, les actes passés à l'étranger, soit par une personne incapable (mineur, interdit, femme mariée), soit par toute autre personne en fraude des institutions de sa patrie. » Aucune nation, dit Story, n'est obligée de reconnaître les lois étrangeres, ni les actes faits en vertu de ces lois. Bien moins encore peut-elle souffrir que ses propres lois soient violées ou éludées par des actes

(1) Rejet, Chambre civile, 19 juillet 1875 (Dalloz, 1876, p. 1, 5)

faits en fraude de ses lois, en pays étranger, et en vertu de statuts locaux (1).

298. En Allemagne, le même principe était généralement admis par les anciens légistes. Il a été combattu par les jurisconsultes modernes, Wachter, Savigny, Schaffner, Bar, et leurs objections ont été reproduites par Phillimore et Wharton. On pourrait donc croire que toute la théorie de la fraude est remise en question. Il n'en est rien. Je doute qu'il se soit jamais trouvé un juriste qui ait admis la légitimité de la fraude : des politiques de l'école de Machiavel, des théologiens de l'école des jésuites ont enseigné que la sainteté du but légitime tous les moyens, mais les hommes de loi ont plus d'honnêteté; Papinien leur a appris que les actes contraires aux bonnes mœurs sont des actes impossibles, en ce sens que nous sommes censés ne pas pouvoir faire ce qui blesse la morale. Mais tout en maintenant avec rigueur la loi morale, on peut discuter, en fait, s'il y a fraude à la loi. C'est sur ce point qu'il y a diversité d'opinions. Je l'ai déjà constaté en traitant de la forme des actes (n° 239). Ici la difficulté se présente en termes plus généraux.

On admet généralement que les actes faits à l'étranger sont régis par la loi du lieu où le fait juridique se passe, non seulement quant à la forme de l'écrit que les parties dressent pour se procurer une preuve, mais aussi quant aux conditions requises pour la validité du fait juridique, les réalistes anglo américains et allemands appliquent même ce principe à la capacité. Je viens de dire que la capacité déterminée par l'état des personnes ne peut être modifiée par des conventions, et bien moins encore par des quasi-délits (n° 294). Je laisse donc de côté le statut personnel proprement dit, parce qu'à mon avis il ne saurait y avoir un doute sur le principe consacré par l'article 6 du code Napoléon. Pour que la question de fraude puisse être débattue, il faut que l'acte en lui-même passé à l'étranger soit valable, et puisse aussi valoir dans le pays

(1) Story, *Conflict of laws*, § 106, p 141 (de la 7e édition). Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 77 et 78, n° 32, de la 4e édition.

auquel appartiennent les parties contractantes. Si l'acte est nul d'après la loi nationale des contractants, et si cette nullité est d'ordre public ou d'intérêt général, l'acte n'aura aucune valeur, abstraction faite de toute fraude, quand même il y aurait bonne foi entière. La loi française prohibe l'intérêt qui dépasse l'intérêt légal de 5 ou 6 pour cent, elle le répute usuraire; en Belgique, le taux de l'intérêt est abandonné aux stipulations des parties contractantes. Permettra-t-on à des Français de stipuler en Belgique un intérêt de cent pour cent? En Belgique, la convention serait valable; en France, elle serait nulle, sans que les parties pussent exciper de leur bonne foi; la raison en est simple et péremptoire : la prohibition de l'intérêt usuraire est d'ordre public, donc elle forme un statut réel, dès lors nul ne peut se prévaloir en France d'une convention contraire à ce statut, ni Français, ni étrangers; la nationalité est indifférente quand les droits de la société sont en cause.

Si l'ordre public n'est pas en cause, alors on peut demander si les nationaux peuvent, à l'étranger, déroger à une loi nationale. Il s'agit d'une condition requise pour la validité d'un acte; l'acte est valable s'il est conforme à la loi du lieu où il s'est passé; les parties ont le droit de contracter d'après les lois du pays où elles se trouvent, aucun intérêt public n'est engagé dans le débat. Dans ce cas, l'acte sera valable, puisque les parties ont fait ce qu'elles avaient le droit de faire. Dira-t-on qu'elles ont éludé la loi nationale en allant contracter à l'étranger d'après d'autres lois? Wächter répond qu'il ne s'agit point de fraude. Les parties avaient le droit de faire ce qu'elles ont fait; et leur acte n'est pas contraire à une loi d'ordre public du pays où elles le font valoir. Il n'y a donc aucune raison de le considérer comme nul.

299. La difficulté se réduit donc à savoir s'il y a fraude, ou si l'acte fait à l'étranger est l'exercice d'un droit, sans qu'il en résulte une lésion des droits de l'État où l'acte est invoqué. Si les particuliers font à l'étranger un acte juridique, dans le dessein d'échapper à une loi de l'État auquel ils appartiennent, il faudra voir si par là ils

portent atteinte à un droit de la société. Si l'acte même blesse l'ordre public, il ne pourra produire aucun effet dans le pays dont la loi a été violée ou éludée. La question se présente surtout pour les formes des actes, et elle se complique par le désaccord qui règne entre les légistes sur le sens et la portée de l'adage *Locus regit actum*. Je renvoie à ce qui a été dit plus haut.

Les auteurs ne s'entendant pas sur le caractère des lois qui régissent les formes, il est impossible qu'ils arrivent à des principes certains en ce qui concerne les actes faits en fraude des formes prescrites par la loi du pays auquel appartiennent les parties. Voet discute la question de savoir si les parties peuvent valablement passer à l'étranger des actes pour échapper aux formalités plus compliquées ou plus frayeuses de leur loi nationale. Il se prononce pour la négative sans distinction aucune (1), tandis que les auteurs modernes ne voient dans cette manière d'agir que l'exercice d'un droit (2). Voet dit que la loi nationale est violée dès que les particuliers cherchent à l'éluder, en allant traiter à l'étranger. Il n'admet l'application des lois étrangères que par courtoisie, donc par une espèce de faveur ; or celui qui veut se soustraire à l'autorité de sa loi nationale ne mérite aucune faveur ; il n'a pas le droit d'invoquer la courtoisie. Le principe même qui sert de point de départ à Voet est faux, à mon avis ; on doit appliquer les lois étrangères, non par courtoisie, mais parce que la nature du fait juridique l'exige. Dans ce nouvel ordre d'idées, la question change de face. On ne peut plus dire que celui qui fait un acte à l'étranger est un sujet révolté contre les lois de sa patrie, puisque ces lois lui permettent de contracter partout et reconnaissent comme valable ce qui a été fait conformément aux lois du pays où le fait juridique s'est passé. Toutefois, il ne faut pas exagérer l'idée de la communauté de droit qui

(1) Voet, *Ad Pandectas*, lib. I, tit. IV, pars II, n° 14.

(2) Schäffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 107, § 85. Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 413-415. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 358. Bar, *Das internationale Privatrecht*, § 36, p. 123. Wharton, *Conflict of laws*, p. 475, § 695.

existe entre les nations; les lois nationales conservent leur autorité exclusive dans tout ce qui touche aux intérêts, pour mieux dire, aux droits de la société. Donc quand ces droits sont en cause, les particuliers ne peuvent pas les blesser en allant traiter à l'étranger : il faut dire, dans ce cas, ce que j'ai dit du statut personnel : les parties intéressées ne peuvent rien faire qui y porte atteinte; l'acte qu'elles feraient à l'étranger, conformément aux lois locales, mais en opposition avec leur loi nationale, serait valable là où il s'est passé, mais il serait nul dans l'État auquel elles appartiennent.

300. Reste à savoir s'il faut appliquer ces principes à l'espèce sur laquelle Voet est en désaccord avec les auteurs modernes. Je crois qu'il faut distinguer. S'il s'agit de conditions ou de formes prescrites dans un intérêt général, l'acte fait à l'étranger, au mépris de ces formes, serait certainement nul. Le code Napoléon ne permet pas de faire des conventions sur une succession future; il les prohibe, parce qu'il les considère comme contraires à la morale; les pactes successoires sont plus que nuls, ils sont considérés comme n'existant pas aux yeux de la loi. Si un Français faisait, à l'étranger, une convention sur une succession future, valable d'après la loi locale, elle serait néanmoins nulle de plein droit en France. Vainement dirait-on qu'il use d'un droit à l'étranger, puisqu'il fait ce que la loi locale lui permet; tout ce qui en résultera, c'est que l'acte sera valable là où il a été passé; mais le Français ne pourra pas s'en prévaloir en France, ni la partie au profit de laquelle la convention a été contractée, car cette convention est considérée par la loi française comme immorale, et les lois concernant les bonnes mœurs forment un statut réel qui l'emporte sur les lois étrangères et sur les conventions faites en pays étranger.

C'est par application du même principe que j'ai considéré comme nul en France un billet souscrit par un Français à l'étranger sans l'observation de la formalité prescrite par l'article 1326; cette formalité intéresse aussi les mœurs, puisqu'elle a pour objet de prévenir les fraudes (nº 239). On ne peut pas dire que le Français use d'un

droit en suivant les formes locales, puisque la maxime *Locus regit actum* est universellement admise. Cela est vrai, mais il ne suffit pas que l'on use de son droit pour que l'acte que l'on fait soit valable; il faut encore qu'on ne lèse pas le droit d'un tiers; il en est ainsi en matière de faits dommageables. Cela prouve que le principe invoqué par les auteurs modernes est trop absolu; il doit être restreint au cas où il n'y a point de conflit de droits. Dès que l'exercice d'un droit lèse le droit des tiers, ce n'est plus un droit (1). A plus forte raison en est-il ainsi quand en usant d'un droit les particuliers lèsent leur loi nationale : dans ce cas, il y a fraude à la loi, et la fraude vicie tout.

301. Faut-il en dire autant des cas supposés par Voet? Si les formes plus simples, admises par la loi étrangère, sont en conflit avec une loi nationale d'ordre public, la raison de décider est la même. Cela explique la décision absolue de Voet : il exagère le principe de la souveraineté, à tel point qu'il n'y a plus de droit individuel, à moins qu'il ne s'agisse d'intérêts purement privés. Dans cet ordre d'idées, la loi l'emporte nécessairement quand les particuliers entreprennent d'y déroger. Elles ne le pourraient pas dans le pays qui est leur patrie; cela est décisif. Elles ne le peuvent pas à l'étranger, en vertu d'une loi étrangère; sinon la puissance souveraine, dont cette loi est l'expression, dominerait la souveraineté de la nation à laquelle les parties appartiennent, ce qui, dans la doctrine de Voet, est une impossibilité juridique, une vraie hérésie (2). Par contre, les auteurs modernes vont trop loin en admettant que l'acte fait à l'étranger, dans des formes plus simples, est toujours valable, parce que c'est l'exercice d'un droit. La communauté de droit, qui est leur point de départ, n'empêche point qu'il y ait des souverainetés particulières dont la puissance doit être respectée quand un droit de la société est engagé dans un débat.

Le second cas prévu par Voet est celui d'une formalité qui constitue un impôt. On suppose que la loi nationale

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XX, p. 425, n° 408.
(2) Voyez, sur la doctrine de Voet, le tome Ier de ces Études, n°s 313-328.

exige que les actes soient écrits sur du papier timbré. Les parties peuvent-elles se soustraire à cet impôt en dressant l'écrit à l'étranger? Voet maintient son principe de la souveraineté absolue; les auteurs modernes disent que l'acte n'en sera pas moins valable, sauf, dit Savigny, à sanctionner l'observation de la loi fiscale par une amende. On doit, avant tout, me semble-t-il, voir quel est le but de la loi; si elle faisait du papier timbré une condition de validité de l'acte ou du fait juridique, ce serait une règle d'intérêt général, et par conséquent un statut réel. Si la formalité ne concernait que l'écrit, il en résulterait que l'écrit serait nul, mais le fait juridique ne laisserait pas d'être valable. Enfin le timbre peut être un pur impôt, comme en France et en Belgique; il est seulement exigé quand les parties veulent produire l'acte en justice; et l'acte peut encore être timbré au moment où l'on veut s'en servir devant les tribunaux; les lois peuvent être plus rigoureuses, et comminer des amendes; mais ces dispositions fiscales n'ont rien de commun avec la validité de l'écrit, et bien moins encore du fait juridique. C'est d'après ces distinctions que la difficulté doit être résolue, si l'acte est passé à l'étranger. Toute décision absolue est nécessairement erronée.

FIN DU TOME DEUXIÈME

TABLE DES MATIÈRES.

DEUXIÈME PARTIE.

LIVRE PREMIER.

Principes généraux sur les droits des personnes et sur le conflit des lois qui les règlent.

CHAPITRE Ier. — CONDITION DES ÉTRANGERS.

SOURCES. Droit français et belge. Droit étranger, p. 7.

SECTION Ire. — DROIT FRANÇAIS.

1. Rapport entre la législation qui régit la condition des étrangers et le droit international privé. Importance de cette législation, p. 10.
2. Sous l'empire des lois qui ne donnent pas à l'étranger la jouissance des droits civils, il y a deux ordres de questions qu'il ne faut pas confondre, celle de savoir si l'étranger jouit d'un droit, et celle de savoir par quelle loi ce droit est régi, p. 11.

§ I. *Principe du code Napoléon.*

3. Dire de Phillimore et de Bar sur le principe du code civil et sur le principe du droit international privé, concernant la condition des étrangers. Le prétendu principe est une fiction. Ce qu'il y a de vrai dans cette fiction, p. 13.
4. Principe du code Napoléon. Les étrangers ne jouissent pas des droits civils sauf en vertu d'un traité de réciprocité, p. 16.
5. Qu'entend-on par *droits civils*? La tradition française. Pothier et Domat, p. 17.
6. L'esprit du droit français. L'étranger un ennemi, et la fraternité un rêve, p. 18.
7. Les orateurs du gouvernement et du Tribunat, p. 19.
8. La théorie du code Napoléon est fausse, p. 21.
9. L'histoire témoigne contre la doctrine consacrée par le code civil. Origine de la distinction des droits civils et des droits naturels. Les droits civils se transforment en droits naturels, p. 23.
10. La vraie théorie a été proclamée au sein du Tribunat, p. 25.
11. La doctrine traditionnelle a jeté de profondes racines en France. Les légistes sont toujours opposés à l'égalité de l'étranger et de l'indigène. Doctrine du comte Portalis. Conclusion, p. 28.

§ II. *Du principe de réciprocité.*

12. La première condition requise par le code Napoléon (art. 11) pour que les étrangers jouissent des droits civils en France, c'est la réciprocité, p. 31.

13. Motifs donnés par Treilhard pour justifier le principe de réciprocité, p. 31.
14. Le principe de réciprocité fut combattu au sein du Tribunat, p. 32.
15. Les faits ont donné raison au Tribunat. Les lois qui ont aboli le droit d'aubaine en France, en Belgique et en Hollande, n'exigent plus la condition de réciprocité. Cependant l'article 11 subsiste; il doit faire place à l'égalité sans condition, p. 33.
16. La réciprocité ne suffit point; elle doit être consacrée par des traités, p. 37.
17. Conclusion. Le progrès s'accomplit sous la main de Dieu, malgré les passions mesquines des hommes, p. 38.

SECTION II. — Droit étranger.

§ I. *Le droit anglo-américain.*

N° 1. La *common law*.

18. L'inégalité règne partout où règne l'esprit traditionnel. Or, c'est la tradition féodale qui domine dans la *common law*. De là l'esprit hostile aux étrangers qui caractérise le droit anglo-américain, p. 39.
19. Statut d'Henri VIII défendant aux étrangers de prendre des immeubles à bail. Interprétation de Coke. Statut de la reine Victoria de 1843, p. 42.
20. Les étrangers incapables de posséder une terre dans la Grande-Bretagne. Raison de cette incapacité. État de la propriété depuis Guillaume le Conquérant. Influence de la féodalité sur le droit des étrangers, p. 43.
21. Conséquences qui résultent du système féodal. Le sang héritable. Le droit d'aubaine en Angleterre et en France, p. 44.
22. Le statut de 1870. Les étrangers admis à posséder des immeubles. Conditions, p. 46.

N° 2. La *common law* aux États-Unis.

23. Le droit féodal de Guillaume le Conquérant au sein d'une république. La seigneurie de toutes les terres passe du roi au peuple souverain. Toute propriété est une tenure, p. 47.
24. Les incapacités qui résultent de la *common law* pour les étrangers de posséder ou de transmettre des terres, ont été abolies, soit purement et simplement, soit sous la condition de résidence ou de naturalisation, p. 49.
25. Négociations entre les États-Unis et les États de l'Europe, pour l'abolition du droit d'aubaine et de détraction. Ce qui entrave ces négociations, p. 50.
26. Traités faits par les États-Unis et les divers États de l'Europe et de l'Amérique, pour l'abolition des droits d'aubaine et de détraction, ainsi que pour permettre aux étrangers de posséder des biens immeubles et de les transmettre, p. 51.
27. Conclusion. Le droit coutumier et les codes. Lord Coke et Montesquieu, p. 52.

§ II. *Le droit continental.*

28. Le droit russe. Admirable hospitalité des Slaves. L'inégalité s'introduit avec le despotisme, p. 53.
29. Le principe qui domine dans le droit continental est celui de l'égalité des

étrangers et des indigènes, sous condition de réciprocité, ce qui n'est pas la vraie égalité, p. 55.
30. Il en est ainsi du droit allemand. Principe des représailles, p. 56.
31. Législation de la Suède et de l'Espagne. C'est partout la maxime *Do ut des*, p. 56.
32. Difficulté de connaître les lois étrangères. Code hollandais. Erreur de Fœlix, p. 57.
33. Le droit suisse. Esprit étroit des petits cantons. Un étranger, un Juif peuvent-ils être propriétaires? Guerre diplomatique entre la France et le canton de Bâle-campagne, p. 58.

§ III. *Le droit italien.*

34. Lenteur du progrès. Le code Napoléon et le code italien, p. 60.
35. Le code des Deux Siciles. La théorie des droits naturels, d'après Rocco, p. 61.
36. La théorie des droits civils. Rocco, grand partisan du principe de réciprocité, p. 62.
37. Le code italien. L'égalité des étrangers et des nationaux, p. 63.
38. Lien qui existe entre le principe de l'égalité des étrangers et des indigènes, et le principe de la loi personnelle ou nationale que l'étranger peut invoquer. Le nouveau principe est une gloire pour l'Italie. Il faut ajouter que tous les peuples ont leur part dans le travail du perfectionnement général, p. 64.

CHAPITRE II. — LOIS PERSONNELLES ET LOIS RÉELLES.

SECTION I. — LOIS CONCERNANT L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ.

Article 1er. Le droit français.

§ I. *Principe du code Napoléon.*

N° 1. Le droit traditionnel.

39. L'article 3 du code Napoléon établit les principes concernant les lois personnelles et les lois réelles, p. 66.
40. Les auteurs du code ont entendu reproduire la doctrine traditionnelle des statuts. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens, p. 67.
41. Le principe des statuts était admis dans l'ancien droit par tous les auteurs, même par ceux qui restaient attachés à la maxime de la réalité des coutumes, p. 69.
42. Motifs que les statutaires donnent de la personnalité des statuts qui règlent l'état et la capacité des personnes, p. 70.
43. Motif donné par Portalis. Quel est le vrai fondement du statut personnel, p. 71.
44. En quel sens le statut personnel suit-il le Français à l'étranger? Ce statut doit-il être respecté à l'étranger? Par quel motif? Conciliation du statut personnel avec la souveraineté de chaque État, p. 73.

N° 2. Du statut personnel de l'étranger en France.

45. Dans l'ancien droit, le statut personnel s'appliquait à toute personne, sans distinction entre les Français et les étrangers, p. 75.
46. Le code Napoléon consacre implicitement la doctrine traditionnelle. Cela résulte des travaux préparatoires. Histoire de la rédaction de l'article 3, p. 77.
47. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Cependant il y a quelque hésitation dans la jurisprudence. Critique d'un arrêt de la cour de cassation de Belgique, p. 79.
48. Système de l'intérêt français de Valette. Critique de cette doctrine, p. 82.
49. Jurisprudence. Déplorable incertitude qui en résulte. On ne sait pas s'il y a ou s'il n'y a point de statut personnel, p. 84.
50. Doctrine de M. Demolombe. Critique. Le droit devient un fait, et la même personne peut être tout ensemble mineure et majeure, avoir ou ne pas avoir un statut personnel, p. 86.
51. La jurisprudence, favorable au système de Demolombe. Critique d'un arrêt de la cour de cassation de France, p. 88.
52. Le statut personnel ne reçoit qu'une exception, laquelle est, en réalité, une règle : c'est qu'aucune loi étrangère ne peut recevoir son application quand elle est contraire à l'ordre social du pays où on l'invoque, p. 90.

N° 3. Étendue du principe.

53. Divergence qui régnait dans l'ancien droit et qui règne encore aujourd'hui sur le sens et la portée des statuts personnels, p. 91.
54. Le statut personnel est-il applicable aux biens situés hors du territoire de la coutume ou de la loi? Incertitude de l'ancien droit, p. 92.
55. Le code Napoléon décide la difficulté dans le sens de l'opinion généralement suivie par la tradition française. L'état consiste dans la capacité ou l'incapacité, lesquelles sont établies en vue des biens, p. 95.
56. La doctrine est, en apparence, unanime en ce sens, mais au fond il y a dissentiment. Doctrine des jurisconsultes allemands qui séparent l'état de la capacité et de l'incapacité qui en résultent. Critique de Wachter, p. 96.
57. Applique-t-on le principe du statut personnel aux incapacités spéciales? La tradition. Bouhier. Froland. Le code civil, p. 99.
58. Théorie de Bar. Tout en rejetant la doctrine traditionnelle, il aboutit aux mêmes conséquences, p. 102.

Article 2. Le droit étranger.

§ 1er. *Le droit continental.*

N° 1. Législation.

59. Le code italien. Progrès qu'il réalise. L'idée des droits de l'homme sur le terrain du droit privé. Hommage à l'Italie, p. 105.

60. La Belgique est encore régie par le code Napoléon. Le projet de revision consacre le principe italien, p. 107.
61. Le code prussien, analogue au code italien, sauf qu'il ne consacre point le principe de nationalité, p. 107.
62. Le code autrichien repose sur le même principe que le code prussien, p. 109.
63. Les législateurs modernes semblent ignorer qu'il existe un droit international privé. Le code des Pays-Bas admet-il le statut personnel de l'étranger? On ne le sait. Fœlix, Asser et Opzoomer, p. 110.
64. Législation russe. Fœlix en contradiction avec les jurisconsultes russes, consultés par l'Institut de droit international, p. 113.
65. Législation des cantons suisses. Bigarrure, p. 114.

N° 2. Les théories allemandes.

1. *Putter, Wächter.*

66. Penchant des écrivains allemands pour les systèmes. Le nouveau est quelquefois vieux. Telle est la théorie de Putter, qui n'est autre chose que le réalisme absolu. C'est la critique de la souveraineté absolue, p. 115.
67. Théorie de Wächter, un des jurisconsultes éminents d'Allemagne. Son principe, pratique en apparence, conduit au règne désordonné de la théorie : c'est le juge qui dans chaque espèce fait la loi, p. 119.
68. Wächter modifie son principe par la volonté tacite du législateur; mais, dans le doute, la loi nationale doit être appliquée : ce qui aboutit à la souveraineté absolue des réalistes, p. 122.
69. Critique de la souveraineté exclusive. La communauté de droit de Savigny, p. 123.
70. Comment la souveraineté et la communauté de droit se concilient, p. 125.
71. Le principe de la souveraineté absolue conduit Wächter à nier le statut personnel. Il le combat par de mauvaises raisons, en confondant les statuts personnels et réels et en confondant les lois qui concernent l'état des personnes avec les lois qui tiennent à l'existence et à la conservation de la société, p. 126.
72. Wächter admet néanmoins le statut personnel, parce que le droit commun allemand le reconnaît, mais il le restreint à l'état abstrait, toujours en se fondant sur le droit commun. Critique de sa doctrine, p. 131.
73. Wächter admet le statut personnel, avec toutes ses conséquences, pour les droits de famille. Logiquement il devrait l'admettre pour tous les rapports d'intérêt privé, p. 136.

§ II. *Le droit anglo-américain.*

N° 1. Conflit entre le droit anglo-américain et le droit commun de l'Europe.

74. Dissentiment radical entre ces droits : l'un nie le statut personnel et l'autre l'admet. La division est-elle irrémédiable? p. 138.
75. Règles du droit anglo-américain établies par Story. Première règle, p. 140.

76. Deuxième règle. La validité d'un acte fait hors du domicile, en ce qui concerne l'état et la capacité, se détermine, non par le statut du domicile, mais par la loi du lieu où l'acte s'est passé, p. 145.
77. Troisième règle. L'arrêt de la cour de la Louisiane qualifié de monstrueux par Phillimore, p. 145.
78. La doctrine anglo-américaine est celle du réalisme féodal. Malgré les principes qui la séparent de la doctrine du continent, il y a un terrain sur lequel la conciliation peut et doit se faire, p. 146.

N° 2. La doctrine anglo-américaine et la doctrine des statuts.

79. Reproches que Story adresse aux statutaires du continent. Controverses interminables et incertitude de la doctrine. Story confond les diverses écoles et considère comme un système arrêté une doctrine qui est seulement en voie de se former, p. 149.
80. Westlake se trompe sur l'origine de la personnalité des statuts et sur le caractère de la réalité. Le système des coutumes réelles et la loi de la situation des biens rétrogradent jusqu'au moyen âge, p. 152.
81. Le vice de la réalité des coutumes tient à la notion inexacte de la souveraineté. Ce n'est pas une puissance absolue, c'est une mission. Conséquence qui en résulte quant au droit international privé, p. 155.
82. Les Anglo-Américains substituent la *courtoisie* au statut personnel, p. 157.
83. La courtoisie, c'est l'intérêt des nationaux dans chaque procès; et l'intérêt ne conduira jamais à l'unité, p. 158.
84. La doctrine des Anglo-Américains est tout aussi incertaine que celle des statutaires. Le seul principe qui puisse conduire à l'unité est celui de la communauté de droit, p. 160.

N° 3. Objections des Anglo-Américains contre le statut personnel.

85 et 86. Les légistes anglo-américains confondent les *statuts personnels* avec les *lois personnelles* des Barbares, et ils en induisent que la personnalité est un retour à la barbarie. Réponse à l'objection, p. 163-165.
87-91. Ils disent que si l'on admet le statut personnel de l'étranger, on devra légitimer toutes les immoralités et toutes les barbaries des lois étrangères. Et si l'on apporte des exceptions au statut personnel, l'exception détruit la règle. Réponse à l'objection. Quel est le vrai danger : il n'est pas dans le statut personnel, p. 168-173.
92-94. Les légistes anglo-américains objectent que le statut personnel compromet l'intérêt des tiers; c'est le motif pour lequel ils le rejettent. Réponses que l'on a faites à l'objection. Le droit domine l'intérêt. Comment l'intérêt peut être sauvegardé. Disposition du code prussien, p. 174-177.
95. Proposition tendante à exiger une déclaration de l'étranger concernant sa nationalité et son statut, p. 180.
96. Nécessité de la plus large publicité, par la voie des traités, de tous les faits et de toutes les lois qui intéressent les tiers. Mission de l'enseignement, p. 183.

N° 4. Le statut personnel est-il déterminé par la *nationalité* ou par le *domicile* ?

I. *Le code Napoléon.*

97. D'après le code Napoléon, le statut personnel est déterminé par la nationalité. Le texte et l'esprit de la loi sont en ce sens. Jurisprudence, p. 185.
98. Dans l'ancien droit, on s'attachait au domicile actuel. Le domicile d'*origine*, que quelques auteurs préféraient au domicile *actuel*, ne se confond point avec le principe de nationalité, p. 189.

II. *La doctrine et la législation.*

99. Est-il vrai, comme le dit Savigny, que le principe du domicile est universellement admis par la doctrine et par les lois ? p. 192.
100. Motif que donne Rocco pour justifier le principe du domicile. C'est au fond la théorie du Contrat social de Rousseau. Théorie de Garat, p. 195.
101. La première origine de la loi du domicile et de la théorie du Contrat social remonte à la féodalité. Aujourd'hui elles n'ont plus de raison d'être, p. 197.
102. On objecte, contre le principe de nationalité, que l'on peut avoir deux patries ou n'en avoir aucune. Les mêmes anomalies se présentent pour le principe du domicile. Nécessité de traités, p. 199.
103. Bourgoingue objecte l'intérêt des tiers. Réponse à l'objection, p. 201.
104. En fait le domicile se confond le plus souvent avec la nationalité. De là la confusion de ces deux éléments chez les légistes anglo-américains, p. 202.
105. L'école italienne. Le principe de nationalité. Rocco et Mancini, Esperson, Lomonaco, Fiore, p. 203.
106. Le principe de nationalité est admis par ceux-là mêmes qui rejettent la nationalité comme fondement du droit international privé. M. Brocher, p. 206.
107. Le principe de nationalité gagne et tend à devenir le principe dominant dans la doctrine. M. Asser. L'Institut du droit international, p. 207.
108. Législation allemande. Le principe du domicile, modifié par le principe de nationalité. Code prussien. Code autrichien, p. 208.
109. Code italien. Code des Pays-Bas. Le principe de nationalité, combattu par les traditionnalistes. Réponse à leurs objections, p. 209.
110. Effet du domicile et de la nationalité. Renvoi. Nécessité des principes, p. 211.

SECTION II. — Droits de famille. Successions.

111. Distinction que font les jurisconsultes allemands et italiens entre les rapports de famille et l'état des personnes, p. 211.
112. Les rapports de famille forment un statut personnel. D'une inconséquence de Wachter qui témoigne pour la personnalité des lois d'état, p. 212.
113. Le statut qui règle les successions est-il personnel ? p. 213.

§ Ier. *Le statut des successions d'après le droit français.*

N° 1. La tradition.

114. Le statut des successions est considéré comme réel dans la tradition française, p. 214.
115. Les meubles étaient régis par la loi du domicile du défunt en vertu d'une fiction qui réputait les meubles situés au domicile, p. 215.

N° 2. Le code Napoléon.

116. Le code Napoléon a consacré la doctrine traditionnelle pour les successions immobilières dans l'article 3, et implicitement pour les successions mobilières. C'est la doctrine de tous les auteurs, p. 217.
117. La jurisprudence est dans le même sens. Singulière espèce d'un enfant naturel appelé à la succession immobilière en France et exclu de la succession mobilière en Espagne, 219.
118. La cour de cassation étend la réalité aux conditions de capacité. Cela est douteux d'après la tradition, p. 222.

§ II. *Le droit anglo-américain.*

119. Le droit anglais. Le droit écossais, p. 224.
120. Le droit américain, p. 225.

§ III. *Le droit allemand et italien.*

121. Les premières origines de la personnalité du statut des successions, p. 225.
122. Motifs sur lesquels est fondé le principe de la personnalité, p. 227.
123. Objections contre le principe de la personnalité et réponses, p. 228.
124. Objections contre la réalité du statut des successions. Les successions mobilières et les successions immobilières. La tradition, dans son esprit, témoigne contre la réalité du statut des successions, p. 231.
125. Est-il vrai, comme le disent les jurisconsultes français, que les lois de succession sont politiques, partant réelles? Critique de cette doctrine par les jurisconsultes allemands, genevois et italiens, p. 234.
126. Le caractère politique des lois de succession n'empêche point qu'elles soient d'intérêt privé; et par conséquent elles dépendent du statut personnel, sauf les dispositions qui concernent le droit social, p. 237.
127. Le droit allemand. Doctrine et jurisprudence. Code d'Autriche, p. 240.
128. Le code italien. Initiative glorieuse prise par le législateur italien, p. 240.

§ IV. *Conflit résultant de la diversité du système de succession.*

N° 1. Théorie de Schaffner et de Bar.

129. D'après le droit anglo-américain, les immeubles se transmettent à titre particulier, et les meubles, à titre universel. De là suit, dit-on, que la ...

territoire doit régir la succession immobilière, et que la succession mobilière doit être régie par la loi personnelle. Est-il vrai que la réalité ou la personnalité de la loi dépend du mode de transmission ? p. 245.

130. Quel est des deux systèmes, le droit anglo-américain et le système du continent, celui qui mérite la préférence en théorie ? p. 245.

131. Bar rapporte le droit anglo-américain au vieux droit germanique, et il l'oppose au droit romain. Critique de cette théorie au point de vue de l'histoire et de la loi qui préside à son développement, p. 248.

N° 2. Wharton.

132. Wharton a poussé à bout le système de Schäffner et de Bar. Le patrimoine devient une personne civile qui se continue après la mort. Ce n'est pas la théorie romaine. C'est plutôt l'idée germanique de la copropriété de famille, p. 252.

133. Est-il vrai que, dans la théorie d'une personne civile, la loi de la succession doive être celle du propriétaire ? p. 254.

134. Est-il vrai que cette théorie soit celle du droit romain ? p. 254.

135. D'un prétendu argument philosophique invoqué en faveur du système anglo-américain. L'intérêt et l'honneur. Lequel doit l'emporter ? p. 256.

SECTION III. — Lois réelles.

Article 1er. Lois qui régissent les immeubles.

§ 1er. *Le droit français et le droit commun.*

136. Les lois qui régissent les immeubles forment un statut réel. Fondement de la réalité d'après l'Exposé des motifs de Portalis, p. 257.

137. Critique de la théorie de Portalis. Au point de vue de la souveraineté, il n'y a point de différence entre les lois qui régissent les biens, et les lois qui régissent l'état. Pour les biens comme pour les personnes, on peut suivre la loi nationale des étrangers sans que la souveraineté en soit altérée, p. 259.

138. La théorie de Portalis remonte à la maxime féodale que toute loi est réelle, c'est-à-dire souveraine. Elle repose sur une fausse notion de la souveraineté, p. 261.

139. L'idée de la souveraineté territoriale. Elle est acceptée par les légistes et jusqu'à nos jours elle est restée la base du droit international privé, p. 263.

140. La notion de la souveraineté s'est transformée ; cette transformation doit réagir sur le droit international privé. Droits des individus et droits de l'État, p. 264.

141. La souveraineté n'est pas illimitée ; elle a sa sphère d'action, dans laquelle elle est absolue, mais elle ne s'étend pas au domaine des droits individuels, lesquels sont aussi souverains dans leur sphère, p. 266.

142. Ces principes s'appliquent à la doctrine des statuts. Sont personnels les statuts qui ne concernent que des intérêts privés. Sont réels les statuts qui concernent les droits de la société. Preuve, par le code Napoléon, que cette doctrine n'altère point la souveraineté, p. 268.

143. On objecte le droit allemand et le code italien qui ont maintenu la réalité des statuts immobiliers. Réponse à l'objection. Le législateur italien a abandonné la conséquence la plus importante du statut réel en consacrant la personnalité des successions ; le principe doit tomber avec la conséquence, p. 268.

144. Les statuts concernant les immeubles sont souvent d'intérêt public, dans ce cas ils sont réels ; mais on n'en doit pas induire que tout statut immobilier est réel. Exemple, la loi hypothécaire, p. 271.

145. La tradition elle-même prouve que les statuts concernant les immeubles sont personnels quand ils sont d'intérêt privé, p. 274.

146. La distinction que la tradition et, à sa suite, le code Napoléon, font entre le statut des immeubles et le statut des meubles, témoigne contre la réalité des statuts immobiliers, p. 275.

147. Est-il vrai que la tradition unanime est en faveur de la réalité des statuts immobiliers? Appréciation de la tradition. Il y a un autre courant dans la tradition, le principe de la personnalité, p. 278.

148. Preuve que la tradition n'est pas unanime et que, dans l'application, ma doctrine se rapproche de l'opinion des auteurs qui sont réalistes, p. 281.

149. Quels biens sont meubles, quels biens sont immeubles? Le statut qui détermine la nature des biens est-il réel ou personnel? p. 282.

150. Les prohibitions d'acheter ou de vendre constituent-elles un statut réel? p. 283.

151. Le statut des contrats devient-il *réel* quand il a pour objet des immeubles? p. 284.

152. Les articles 903 et 904 du code Napoléon forment-ils un statut réel? p. 28…

153. Les articles 908, 909 et 910 du code Napoléon sont-ils des statuts réels? p. 286.

154. Les articles 1094, 1098 et 1082 du code Napoléon sont-ils des statuts réels? *Quid* des articles 1096 et 1097? p. 287.

155. Les dispositions relatives au régime dotal sont-elles réelles? p. 288.

156. Les droits immobiliers forment-ils un statut réel? p. 288.

157. *Quid* de l'usufruit légal des père et mère? p. 290.

158. Conclusion. La doctrine traditionnelle de la réalité des statuts immobiliers est fausse et elle est abandonnée, sauf dans les cas où ces statuts intéressent les droits de la société, p. 291.

159. Critique que Lomonaco fait de mon principe. Au fond nous sommes d'accord. La réalité des statuts immobiliers n'est plus qu'une formule sans vie, il faut la bannir de notre science, p. 294.

§ II. *Le droit anglo-américain.*

160. La *common law* admet le statut comme règle absolue, non seulement pour les immeubles, mais aussi pour les droits locaux, p. 296.

161. Est-il vrai, comme le dit Wharton, que toute loi concernant les immeubles est d'intérêt social et forme un statut réel? Critique de cette doctrine, p. 29…

162. Wharton invoque encore l'intérêt des tiers pour justifier la réalité des statuts immobiliers. Réponse à l'argument. Renvoi, p. 301.

163. Le vrai fondement de la *common law* est la conception féodale de la souveraineté. L'Angleterre a commencé à l'abandonner, et les légistes anglais la critiquent, p. 302.

§ III. *Le droit allemand.*

164. Les codes allemands, bavarois, prussien, autrichien, p. 303.
165. Doctrine des auteurs. Schaffner, Savigny, Wächter, Bar, p. 304.
166. Les conséquences pratiques auxquelles les auteurs allemands aboutissent rapprochent leur doctrine de la nôtre, p. 307.

§ IV. *Le droit italien.*

167. Le code italien et la théorie des statuts, p. 310.
168. L'article 7 du code italien se concilie-t-il avec cette théorie? Fiore et Lomonaco, p. 311.

Article 2. Lois qui concernent les meubles.

§ Ier. *Le droit français.*

169. La fiction traditionnelle du statut mobilier, p. 312.
170. Cette fiction est-elle consacrée par le code civil? Opinion de Merlin, p. 313.
171. Opinion de Marcadé et de Du Caurroy, pour la réalité du statut. Jurisprudence, p. 316.
172. Système de Demolombe. La courtoisie, l'intérêt et la réciprocité, p. 318.
173. Quelle est la loi personnelle qui régit les meubles, celle du domicile ou celle de la nation à laquelle l'étranger appartient? p. 318.
173 *bis*. Des cas dans lesquels les meubles sont régis par la loi de la situation. Quel est le principe qui décide si le statut est réel ou personnel? p. 320.
174. *Quid* de l'hypothèque consentie à l'étranger sur un vaisseau, qui, lors de l'exécution, se trouve dans un port de France? Jurisprudence, p. 322.

§ II. *Le droit étranger.*

175. Le droit anglo-américain admet le statut personnel pour les meubles dans les actes entre-vifs et à cause de mort. Quelle est la raison de cette dérogation au statut territorial? p. 324.
176. Est-il vrai que le statut personnel pour les meubles soit une règle universelle et invariable dans le droit anglo-américain? Doctrine de Westlake, p. 326.
177. Les codes allemands. Bavière. Prusse. Autriche, p. 327.
178. Les auteurs allemands modernes ont abandonné la doctrine traditionnelle, p. 328.
179. La plupart appliquent aux meubles le statut de la situation. Des exceptions admises par Savigny, p. 329.
180 et 181. Le droit italien. La règle. L'exception, p. 332-334.

§ III. *Conclusion.*

182. La distinction traditionnelle entre les meubles et les immeubles et entre les statuts mobiliers et les statuts immobiliers n'a pas de raison d'être, p. 333.
183. Les deux systèmes contraires de la réalité et de la personnalité tendent à se rapprocher dans l'application, p. 337.
184. Quelle est la loi qui préside au développement de la théorie des statuts. La théorie traditionnelle se transforme. Cette transformation donnera satisfaction aux intérêts généraux, sans que l'on doive repousser le statut personnel, p. 338.

SECTION IV. — LOIS DE DROIT PUBLIC ET LOIS DE DROIT PRIVÉ.

Article 1er. Lois de droit public.

§ Ier. *Le droit social et le droit privé.*

185. L'opposition des Anglo-Américains contre le statut personnel vient de l'importance qu'ils attachent aux lois de droit public. Il leur est donné entière satisfaction en déclarant réelles les lois qui concernent le droit social, p. 341.
186. Il en est de même des théories allemandes. La distinction des lois qui concernent le droit social et de celles qui sont de droit privé répond à toutes les exigences de la société, p. 343.
187. Quel est le domaine de la souveraineté? Par suite, quel statut est réel? p. 344.
188. Les lois relatives aux droits de la société reçoivent leur application, quelle que soit la nationalité des parties intéressées, quelle que soit la nature des biens et quel que soit le lieu du contrat, p. 345.
189. Les lois relatives aux droits privés sont personnelles, alors même qu'elles se rapportent aux biens, meubles ou immeubles, p. 347.
190. Comment le juge décidera-t-il si un droit est d'ordre social ou d'ordre privé? A-t-il, sous ce rapport, un pouvoir discrétionnaire? p. 348.

§ II. *L'ordre public d'après le code civil.*

191. En quel sens les lois qui concernent l'*ordre public* et les *bonnes mœurs* sont réelles, p. 350.
192. Diverses acceptions des mots *ordre public*. En matière de droit privé on entend par *lois d'ordre public* celles qui concernent l'état et la capacité des personnes. Ces lois sont personnelles, p. 352.
193. Pourquoi les lois d'*ordre public*, en ce sens, sont *personnelles*, tandis que les lois d'intérêt général ou de *droit public* sont réelles, p. 354.
194. Merlin et la cour de Paris ont confondu les lois d'*état* avec les lois d'intérêt général et de droit public, p. 355.
195. Le code Napoléon n'a point de définition du statut réel. Celle qui découle de la théorie traditionnelle consacrée par le code est fausse, p. 357.

§ III. *L'ordre public d'après les Anglo-Américains.*

196. Dans la doctrine des Anglo-Américains, toute loi est réelle. Ce n'est que par exception que l'on admet des lois personnelles, et l'exception dépend du bon vouloir, c'est-à-dire de l'intérêt de chaque État, p. 359.

197. Doctrine dissidente de Phillimore. C'est un lien qui rapproche les systèmes contraires qui règnent dans la *common law* anglo-américaine et sur le continent européen, p. 360.

§ IV. *L'ordre public dans la doctrine allemande.*

198. La communauté de droit de Savigny. Exceptions qu'elle reçoit. Absence d'un principe, p. 362.

199-202. Quelles sont les exceptions admises par Savigny? p. 364-366.

§ V. *L'ordre public d'après le code italien.*

203. L'article 12 du code italien énumère les statuts réels. La disposition est mal rédigée, elle dit trop et pas assez, p. 367.

204. De la formule proposée à l'Institut du droit international par Mancini et Asser. Formule de Domin-Petrushevecz, p. 369.

§ VI. *Conclusion.*

205. Sont réelles les lois qui concernent les droits de la société, p. 370.

206. Comment peut-on savoir quelles lois sont réelles, quelles lois sont personnelles? Quel est le rapport entre les droits de la société et les droits de l'individu et entre les statuts réels et les statuts personnels? p. 372.

207. Les *droits* de la *société* ne sont pas les *intérêts* de l'*indigène* qui est partie en cause dans un débat où l'étranger invoque son statut personnel, p. 374.

208. Quels sont les droits de la société qui forment un statut réel et spécialement des lois qui concernent les bonnes mœurs, p. 375.

Article 2. Lois de droit privé.

§ Ier. *Ces lois sont-elles réelles ou personnelles? Droit français.*

209. Lacune du code Napoléon. L'article 1159 est-il applicable dans la matière des statuts? p. 378.

210. Il faut écarter, en matière de conventions, le statut réel. Doctrine de Dumoulin, p. 379.

211. Il faut écarter encore l'assimilation des formalités dites *intrinsèques* avec les formalités *extrinsèques* ou instrumentaires, p. 380.

212. La loi qui régit les conventions ne dépend ni du statut réel ni du statut personnel des parties; elle dépend de leur volonté. Limites de cette autonomie, p. 381.

213. Les conventions faites en pays étranger sont régies par la loi à laquelle les parties ont entendu se soumettre, p. 382.

213 *bis* Des cas auxquels s'applique la règle, p 384.
214. Des difficultés qui se présentent dans l'application de cette règle, p. 385
215. A défaut d'une déclaration expresse, le juge doit rechercher la volonté tacite des parties dans les faits et circonstances de la cause, p 386
216. *Quid* s'il n'y a aucune volonté ni expresse ni tacite? D'après Dumoulin, suivi par Boullenois, il faut consulter l'intention probable des parties, en tenant compte des circonstances de la cause, p 388.
217. La plupart des auteurs se prononcent pour la loi du contrat. C'est l'opinion consacrée par la jurisprudence française et belge, p 392

§ II. *Droit étranger.*

N° 1. Le droit anglo-américain.

218. Les Anglo-Américains admettent comme loi du contrat celle du lieu où le contrat a été fait. Ils fondent ce principe sur la nécessité des relations internationales, p 394.
219. La vraie raison de la doctrine des Anglo-Américains est la souveraineté territoriale. Ils confondent les *formes* de l'*acte* avec la convention, p. 395
220. Exceptions que Story admet à la loi du lieu où le contrat se fait, p. 397.
221. La règle reçoit une restriction en vertu de l'intention des parties contractantes Quelle est la volonté *présumée* quand il n'y a pas de volonté expresse ni tacite? p. 398.

N° 2. Le droit allemand.

222. Les jurisconsultes allemands admettent le principe de l'autonomie; mais il y a une infinie variété d'opinions dans le cas où les parties ne se sont pas expliquées sur la loi qui doit régir leurs conventions, p. 400.
223. Du système qui détermine la volonté probable des parties d'après la compétence Critique par Wächter, p. 402.
224. Wächter dit que le juge doit décider d'après les circonstances de la cause p. 403.
225. Système de Savigny. Doit-on considérer le *lieu* de l'*exécution* pour déterminer la loi qui régit le contrat? Critique de ce système, p 404.
226. Le principe de Bar et les exceptions qu'il propose, p. 409.

N° 3. Le droit italien. Conclusion.

227. De l'article 10 du code italien. Principes qui en résultent, p. 410.
228. Conclusion. En cas de doute sur la volonté des parties, on a recours à des présomptions Ces présomptions doivent, en principe, être établies par la loi, p. 412.
229 *Quid* si les parties qui contractent à l'étranger ont la même nationalité? p 413.
230. *Quid* si les parties ont une nationalité différente? p. 414.
231. Comment le législateur peut et doit éclairer les parties contractantes sur l'intérêt qu'elles ont de déterminer elles-mêmes la loi qui régira leur contrat, p 416.
232 Renvoi à la partie spéciale de cette Étude des applications et des difficultés qui concernent la loi du contrat et les matières qui s'y rattachent, p 417

SECTION V. — DES LOIS QUI CONCERNENT LES FORMES DES ACTES

§ Ier. *De l'adage* Locus regit actum. *Droit français*

N° 1. Fondement et portée de l'adage

233. L'adage concerne les formes *extrinsèques*. Il est étranger aux formes *intrinsèques*, *habilitantes*, d'*exécution* et aux formes prescrites dans l'intérêt des tiers, p. 417.
234. But et effet des formes extrinsèques, p. 419.
235. La loi des formes n'est ni un statut personnel, ni un statut réel. En quel sens on peut l'appeler *réel*, p. 420.
236. Quel est le fondement de la maxime *Locus regit actum*. Des mauvaises raisons que l'on allègue pour la justifier, p. 423.
237. La maxime est consacrée par le code Napoléon, p. 426.
238. La maxime s'applique-t-elle aux actes sous seing privé? La doctrine et la jurisprudence, p. 428.
239. Les actes faits à l'étranger, en fraude des lois nationales, ne sont pas valables quoiqu'ils soient dressés dans la forme de la loi locale, p. 432.

N° 2. Des actes et contrats solennels

240. Qu'est-ce qu'un acte ou contrat solennel? En quel sens la maxime *Locus regit actum* s'applique-t-elle aux actes ou contrats solennels? Distinction faite par la loi hypothécaire belge entre la solennité nécessaire pour l'existence de l'acte solennel et les formes qui constituent la solennité, p. 433.
241. La distinction faite par la loi hypothécaire s'applique à tous les contrats solennels ainsi qu'à l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel. Renvoi, en ce qui concerne les testaments, au titre des Donations et Testaments, p. 436.
242. Du visa prescrit par la loi hypothécaire belge. Cette formalité devrait être étendue à tous les actes reçus en pays étranger, p. 438.
243. Examen et critique de la doctrine. Asser, Duranton, Aubry et Rau, Massé, p. 439.
244. Critique de la jurisprudence française, p. 442.

N° 3. La règle *Locus regit actum* est-elle obligatoire ou facultative?

245. En principe, elle est obligatoire pour tous les actes authentiques et pour les actes sous seing privé. C'est l'opinion de Bouhier et de Merlin, p. 443.
246. De l'opinion contraire. Distinctions et sous-distinctions faites par Massé, p. 444.
247. Cas dans lesquels, par exception, les parties intéressées peuvent dresser leurs actes sous seing privé d'après leur loi nationale, p. 448.
248. L'étranger peut-il, dans son pays, suivre les formes de la loi française si l'acte est destiné à être produit en France? Jurisprudence de la cour de cassation de France, p. 450.
249. Les parties peuvent-elles rédiger leurs actes dans la forme olographe quand leur loi nationale le leur défend, ou ne le permet que sous certaines conditions? p. 451.

A quelles formes s'applique la règle *Locus regit actum*.

250. Incertitudes, confusion et contradictions de la doctrine traditionnelle, p. 452
251. Les formalités dites *habilitantes* dépendent du statut personnel; elles n'ont rien de commun avec la règle *Locus regit actum* p. 454
252. Les formalités prescrites pour donner de la publicité aux actes qui intéressent les tiers ne sont pas soumises à la règle *Locus regit actum* p. 455.
253. Critique de l'opinion générale qui étend le principe des formes de publicité aux conditions requises pour la translation de la propriété des immeubles et des meubles, p. 458.
254. Des formes qui tiennent à la procédure, p. 459.
255. Des formalités dites *intrinsèques*. Elles n'ont rien de commun avec le statut des formes. Par quelle loi sont régies les conditions requises pour l'existence des contrats? p. 460.

§ II. *Droit étranger*.

N° 1. Le droit anglo-américain.

256. Le droit anglo-américain admet la règle *Locus regit actum*, mais sans principe certain qui en détermine la portée, p. 463.
257. On applique la règle à la convention comme à la forme, même à la capacité. Quand elle cède à la loi de la situation des biens, p. 463.

N° 2. Le droit allemand.

258. Législation prussienne. La règle et l'exception, p. 464.
259. Système de Savigny. Le désaccord vient de ce que les motifs du principe *Locus regit actum* sont controversés, p. 465.
260. Système de Bar. Incertitude de sa doctrine. Le droit ne doit pas être une théorie abstraite, c'est une face de la vie, et la vie n'est pas une formule, p. 466.

N° 3. Le droit italien.

261. Le texte du code italien. Pourquoi le législateur n'a pas étendu l'exception au cas où les parties ont une nationalité différente, p. 468.

SECTION VI. — DE LA PREUVE, DE LA PUBLICITÉ ET DE L'AUTORITÉ DES LOIS ÉTRANGÈRES.

§ 1er. *De la preuve des lois étrangères.*

262. Les lois étrangères doivent être appliquées quoiqu'elles n'aient pas été légalement publiées dans le pays où l'on en demande l'application, p. 469.
263. *Quid* si les parties intéressées n'invoquent pas les lois étrangères d'après lesquelles le procès doit être décidé? Le juge doit-il appliquer la loi étrangère d'office et s'en enquérir d'office? Jurisprudence allemande et américaine, p. 470.
264. Des diverses opinions qui ont été soutenues en Allemagne sur cette question. *Quid* si le droit étranger n'est pas constaté avec certitude? Le juge peut-il dans ce cas, appliquer le droit national? p. 473.

265. Remarque de Merlin sur la difficulté que les juges rencontrent quand ils doivent décider un litige d'après une loi étrangère, p. 475.
266. Comment on procédait dans l'ancien droit. Les enquêtes par turbes. Les actes de notoriété. Les certificats ou consultations délivrés par les avocats. Observations du président Bouhier sur l'autorité que l'on doit attacher à ces attestations d'usages, p. 477.
267. Les actes de notoriété sont abrogés par la législation nouvelle. Jurisprudence de la cour de Bruxelles, p. 481.
268. Doctrine de Merlin. Jurisprudence de la cour de cassation de France, p. 483.
269. La loi est-elle un fait, et doit-on appliquer à la preuve de ce fait les principes qui régissent la preuve en matière d'intérêts privés? p. 485.
270. Comment se prouve le droit coutumier, notamment le droit anglais devant les tribunaux de Prusse. Comment se prouvent les lois, p. 489.
271. Jurisprudence anglo-américaine sur la question de savoir comment les coutumes et les lois se prouvent en justice. Cette preuve doit-elle se faire devant le jury ou devant la cour? p. 491.
272. Comment les lois étrangères peuvent recevoir une autorité authentique. Nécessité de traités pour donner de la publicité aux lois et aux faits juridiques qui concernent les étrangers et qui intéressent les tiers, p. 494.

§ II. *De l'autorité des lois étrangères.*

273. La violation d'une loi étrangère donne-t-elle ouverture à cassation? p. 498.
274. *Quid* si une loi nationale prescrit d'appliquer la loi étrangère? Doctrine de la cour de cassation de France, p. 500.
275. En l'absence d'un texte exprès, la violation de la loi étrangère ne donne pas lieu à cassation. Il en est ainsi du statut personnel de l'étranger : quand même le juge français ne l'aurait pas appliqué, sa décision ne peut être cassée, p. 502.
276. Ce que devient, dans cette jurisprudence, la communauté de droit entre les nations, p. 503.
277. Il ne faut pas, pour qu'il y ait ouverture à cassation, qu'il y ait une loi française qui déclare expressément applicable une loi étrangère; il suffit qu'une loi française ait été violée. Il en est ainsi de l'article 1134, qui établit la règle que le contrat est régi par la loi du pays où il est passé, p. 505.
278. Il a encore été jugé qu'il suffit que la violation d'une loi étrangère devienne la source d'une contravention à la loi française pour qu'il y ait ouverture à cassation, p. 507.
279. Quand il existe un traité qui déclare la loi étrangère applicable, il y a lieu à cassation quand les tribunaux ne font pas une *juste* application de la loi étrangère. Nécessité de traités pour donner au droit international privé un caractère obligatoire, p. 509.
280. La doctrine. Fœlix admet les principes consacrés par la jurisprudence française. Absurdité qui en résulte. C'est la négation de la science du droit civil international. Comment ce droit deviendra une réalité, p. 510.
281. Critique de la doctrine de Fœlix par son commentateur Demangeat. Critique de la critique. Inconséquence et contradiction de l'annotateur, p. 512.

282 Doctrine de Brocher et d'Asser. Les lois étrangères sont-elles un fait ou un droit? p. 513.
283 Jurisprudence de la cour de cassation de Belgique. Nécessité de traités pour qu'il y ait un droit civil international, p. 513.

SECTION VII. — DES EXCEPTIONS AUX RÈGLES DES STATUTS

Article 1er. Dérogation aux principes de personnalité et de réalité

§ Ier. *Dérogation par convention*

284. Les parties intéressées peuvent-elles, par des conventions particulières, déroger aux principes qui régissent les statuts? Position de la question, p. 518.
285. On peut renoncer aux statuts *lucratifs*. Cette renonciation est étrangère à la théorie des statuts, p. 518.
286. Les parties contractantes peuvent déroger à la loi qui régit les contrats; par exemple, leurs conventions matrimoniales expresses ou tacites sont régies par leur volonté, sans que l'on puisse dire qu'elles dérogent à la loi, p. 520.
287. Peut-on modifier le statut personnel? Non, d'après l'ancien droit. Toute dérogation, même partielle, à l'incapacité est nulle, sauf en ce qui concerne la femme, p. 521.
288. Le droit moderne. Arrêt de la cour de Bruxelles, p. 525.
289. Restriction que reçoit le principe que le statut personnel ne se modifie point par la volonté de la personne. Changement de nationalité, p. 527.
290. Peut-on déroger aux statuts réels? Solution de la question d'après les principes enseignés dans ces Études sur la réalité des statuts, p. 528.
291. Doctrine de Voet. Des statuts dispositifs et des statuts prohibitifs. Quand le statut est-il prohibitif? p. 530.
292. Les statuts dispositifs admettent les conventions contraires. La dérogation peut être tacite. Quid en matière de succession? p. 532.
293. Peut-on déroger aux statuts qui règlent les formes des actes? p. 533.

§ II. *De la fraude.*

294. On ne peut déroger à un statut quelconque en faisant fraude à la loi. Ce principe était universellement admis dans l'ancien droit, p. 535.
295. Tel est aussi le principe du droit français, p. 536.
296. Jurisprudence. La naturalisation acquise en fraude de la loi est nulle et ne produit aucun effet en France, p. 537.
297. Le droit anglo-américain, p. 539.
298. Objections faites contre le principe de la nullité des actes faits en fraude de la loi nationale par les auteurs modernes. Position de la question, p. 540.
299. Quand y a-t-il fraude? Et quand y a-t-il exercice d'un droit? p. 541.
300. Application du principe. Distinction entre les diverses conditions ou formes, p. 543.
301. Application du principe aux cas prévus par Voet, p. 544.


UNIVERSITY OF MICHIGAN
3 9015 06302 6937
UNIV. OF M
MAY 21 1924
BOUND

